

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

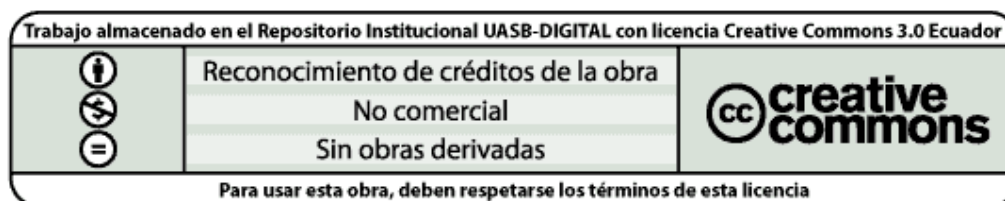
Doctorado en Derecho

**Tutela judicial efectiva para víctimas de delitos sexuales en el sistema
penal ecuatoriano**

Azucena del Rocío Soledispa Toro

Tutora: María Inés Olaizola Nogales

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Azucena del Rocío Soledispa Toro, autora de la tesis intitulada “Tutela judicial efectiva para víctimas de delitos sexuales en el sistema penal ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia que esta obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctora en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 15 de enero de 2018

Azucena del Rocío Soledispa Toro

C.I: 1304910746

RESUMEN

El antiguo procedimiento penal ecuatoriano vulneraba los derechos de las víctimas de delitos de naturaleza sexual, en especial del delito de violación, al instrumentalizarlas como objetos de prueba, victimizándolas por segunda vez. La Constitución ecuatoriana de 2008, fiel a su concepción garantista, reconoce los derechos de las víctimas de infracciones penales y su participación en el proceso penal y, a la par, asegura a toda persona el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

La presente investigación se orienta a establecer si el sistema penal ecuatoriano está o no en armonía con la normativa constitucional e internacional existente en relación a la protección de los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, y si en el proceso penal ecuatoriano se respeta o no los derechos de estas víctimas, fundamentalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Para el efecto se desarrolló una investigación descriptiva con enfoque de derechos humanos basada en fuentes bibliográficas especializadas en Derechos Humanos, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Constitucional y Victimología, así como en normativa y jurisprudencia nacional e internacional.

Los resultados de este estudio revelan que, si bien en la legislación ecuatoriana existen avances fundamentales en el reconocimiento normativo de las víctimas de infracciones penales como sujetos de derechos dentro del proceso penal, y en el cumplimiento del derecho que les asiste a la tutela judicial efectiva, en el proceso penal ecuatoriano aún persisten prácticas discriminatorias hacia las víctimas de delitos contra la integridad sexual -máxime si se trata de mujeres adultas- que obstaculizan la efectiva implementación de esta normativa y la sanción de estos delitos.

Palabras clave: proceso penal, tutela judicial efectiva, víctimas, delitos contra la integridad sexual, igualdad y no discriminación, perspectiva de género.

A las víctimas de violencia sexual

AGRADECIMIENTOS

Mi especial agradecimiento a mi directora de tesis, la Dra. Inés Olaizola Nogales, por su valiosa guía profesional en el desarrollo del presente trabajo investigativo; a la lectora de mi tesis, la Dra. Diana Restrepo Rodríguez, por sus acertadas sugerencias que enriquecieron el trabajo realizado; a los miembros de mi tribunal de grado, el Dr. Ramiro Ávila Santamaría y la Dra. Claudia Storini, por sus pertinentes observaciones que mejoraron el contenido y el diseño del trabajo defendido; a todas las personas que colaboraron facilitando la información requerida sobre el tema en estudio; y, a mi madre, por su apoyo incondicional.

ABREVIATURAS

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CDH: Comité de Derechos Humanos

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CORTE IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CEDAW: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

COMITÉ CEDAW: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

CADHP: Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

CPI: Corte Penal Internacional

INEC: Instituto Nacional de Estadística y Censos

COIP: Código Orgánico Integral Penal de Ecuador

COFJ: Código Orgánico de la Función Judicial

COGEP: Código Orgánico General de Procesos

SPAVT: Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I	
MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL REFERENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: CÓMO SE ENTIENDE Y DEFINE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A NIVEL INTERNACIONAL.....	15
1.1. Antecedentes teóricos.....	18
1.2. El acceso a la justicia.....	22
1.2.1. Derecho a ser oído.....	22
1.3. El debido proceso.....	64
1.3.1. Derecho a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.....	67
1.3.2. Derecho al proceso en un plazo razonable.....	76
1.3.3. Derecho a la publicidad del juicio y de la sentencia.....	82
1.3.4. Derecho a la presunción de inocencia.....	94
1.3.5. Derecho a la impugnación.....	99
1.3.6. Non bis in ídem.....	102
1.3.7. Derecho a indemnización por error judicial.....	103
1.3.8. Derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.....	104
1.3.9. Garantías mínimas de los acusados o inculpados.....	107
1.3.10. Otros derechos y garantías.....	124
1.4. La ejecución de las sentencias.....	128
1.5. Definición de tutela judicial efectiva a la luz de la normativa y jurisprudencia internacionales.....	131
CAPÍTULO II	
MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL REFERENTE A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE INFRACCIONES PENALES Y DE VIOLENCIA SEXUAL: CÓMO SE DEFINE Y PROTEGE A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES A NIVEL INTERNACIONAL.....	135

2.1. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder.....	141
2.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.....	147
2.3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	171
2.4. Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	174
2.5. Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones.....	179
2.6. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.....	185
2.7. Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas.....	202
2.8. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos.....	206
2.9. Definición de víctimas de delitos sexuales a la luz de la normativa y jurisprudencia internacionales.....	214
CAPÍTULO III	
EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN ECUADOR.....	219
3.1. Tratamiento jurídico del derecho a la tutela judicial efectiva en Ecuador.....	222
3.2. Tratamiento jurídico de los delitos sexuales en Ecuador.....	266
3.3. Tratamiento jurídico sobre la participación de las víctimas de infracciones penales en el proceso penal ecuatoriano.....	307
3.4. Los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual en el proceso penal ecuatoriano: cómo se efectiviza la tutela judicial.....	316
CONCLUSIONES.....	370
BIBLIOGRAFÍA.....	374

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, y después de varios siglos de haber sido excluida y olvidada,¹ la víctima del delito reaparece en el escenario del proceso penal; siendo, además, objeto de atención de las Ciencias Penales y de la Política Criminal.

Esta revalorización del rol de la víctima se encuentra afianzada en Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos y en su correspondiente jurisprudencia, que reconocen que las víctimas del delito han sufrido la violación de sus derechos humanos y, por tanto, merecen protección legal de los Estados.

En cuanto a las víctimas de delitos sexuales, para que se dé ese reconocimiento tuvieron que ocurrir numerosos hechos nefastos a nivel mundial. Así, las atroces violaciones sexuales y masacres perpetradas a miles de mujeres durante la segunda guerra mundial y en otras guerras, conflictos internos o actos de abusos de poder consumados en varios países de Europa, Asia y África, conmovieron a la comunidad internacional y llevaron al Derecho Internacional Penal a catalogar a estas conductas como “crímenes de guerra” y “crímenes contra la humanidad”.

Paralelamente, la autonomía valorativa del Derecho Penal, acogiendo el desarrollo de la dimensión humana y cultural de la mayoría de las sociedades del mundo, determinó en el siglo pasado la necesidad de proteger penalmente, de forma más amplia y firme, la libertad sexual de las personas, debido a la afectación que su vulneración causa en la vida de quienes la padecen y en la sociedad en general. Desde entonces, la mayoría de las legislaciones penales del mundo han incluido paulatinamente, dentro de sus respectivos catálogos de infracciones penales, diferentes conductas antijurídicas de

¹ A fines del siglo XII y principios del siglo XIII, con el surgimiento del Derecho Penal Estatal se excluye a la víctima del conflicto y el Estado se apropia del mismo, atribuyéndose el derecho a castigar por considerar que representa en abstracto a todas las víctimas. Antes de esa época, y desde las primeras formas de punición que utilizaron los diferentes pueblos (en particular en los regidos por ordenamientos de raíz germánica), eran la víctima o sus familiares los dueños del conflicto y por ende los llamados a darle solución. Cfr. Gerardo Landrove Díaz, *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 22-23; y, Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 3ª ed., pp. 115-118.

naturaleza sexual y, de igual forma, han ampliado el tipo penal de violación ya existente.²

Así lo ha hecho la legislación penal ecuatoriana a lo largo de las últimas décadas. Sin embargo, es a partir de la promulgación de la Constitución de 2008³ que se da un giro en la protección de la integridad sexual y a las víctimas de delitos de naturaleza sexual, al reconocer y garantizar a las personas el derecho a la integridad personal que incluye, entre otros: la *integridad sexual*; siendo obligación del Estado el adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, entre ellas la *violencia sexual*, en especial la ejercida contra mujeres, niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de desventaja y vulnerabilidad.⁴ Adicionalmente, la Constitución dispone la protección especial a las víctimas de infracciones penales, a quienes les garantiza su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y su protección de cualquier amenaza u otras formas de intimidación; además de la adopción de mecanismos para la reparación integral del daño sufrido.⁵

² La violación es uno de los más antiguos tipos penales; su tipificación y sanción se incorporó en el Código de Hammurabi, la primera obra legislativa de la humanidad que data, probablemente, de 1760 aC. Los códigos penales contemporáneos tipifican a la violación, en términos generales, como el acceso carnal sin el consentimiento de la víctima, valiéndose de violencia física o psicológica o de determinadas situaciones de vulnerabilidad en que ésta se encuentra. Sin embargo, no todos estos códigos utilizan el término violación para referirse a ella; así por ejemplo, el código penal argentino (Ley 11.179/1984) la denomina *abuso sexual con acceso carnal* (art. 119, tercer inciso); el código penal colombiano (Ley 599/2000), si bien la incluye dentro del capítulo titulado De la violación, la califica como *acceso carnal violento* (art. 205); el código penal brasileño (Decreto-Ley 2848/1940) la llama *estupro* (art. 213); el código penal español (Ley Orgánica 10/1995) la configura como un subtipo de la *agresión sexual* (art 179).

³ Aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008 y promulgada el 20 de octubre del mismo año, en el Registro Oficial N° 449.

⁴ El art. 66, numeral 3, literales a) y b) de la Constitución señala: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual [...]”.

⁵ El art. 78 de la Constitución dispone: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”.

Es decir, la Constitución revaloriza los derechos de las víctimas en el proceso penal y su participación en el mismo, lo cual es reforzado con el reconocimiento a toda persona del derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva.⁶

Asimismo, en el marco del proceso de armonización de la legislación secundaria con la normativa constitucional, en febrero de 2014 se promulgó el Código Orgánico Integral Penal,⁷ el cual introduce cambios sustantivos y adjetivos al tratamiento de los ahora denominados *delitos contra la integridad sexual*⁸ y de las víctimas de estos delitos en el proceso penal. Con estos cambios legislativos se pretende superar los mecanismos tradicionales del procedimiento penal ecuatoriano que desconocían los derechos de las víctimas de delitos de naturaleza sexual, en especial del delito de violación, al instrumentalizarlas como objetos de prueba, victimizándolas por segunda vez; lo cual lleva implícito el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva que merecen las víctimas del delito dentro del proceso penal.

Los supuestos a comprobar en la presente investigación son los siguientes:

1. Si el sistema penal ecuatoriano está o no en armonía con la normativa constitucional e internacional existente en relación a la protección de los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual.
2. Si el proceso penal ecuatoriano, respeta o no los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, fundamentalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta investigación tuvo como fundamento teórico la doctrina desarrollada sobre la tutela judicial efectiva de *carácter general*, cómo garantía general de acceso a la justicia y al debido proceso penal, particularmente, más no sobre la tutela judicial efectiva de *carácter individual*,¹ destinada a proteger a toda persona frente a la violación de sus derechos fundamentales mediante las garantías constitucionales, que en el

⁶ El art. 75 de la Constitución establece: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

⁷ Promulgado en el Registro Oficial N° 180, suplemento, de 10 de febrero de 2014 y en completa vigencia desde el 10 de agosto de 2014, conforme establece su Disposición Final.

⁸ En el título del presente trabajo de investigación se utiliza la expresión “delitos sexuales” en razón de que aquel fue aprobado antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, esto es, cuando el Código Penal de la época usaba dicha denominación.

Derecho Constitucional ecuatoriano abarcan a las acciones de protección, *habeas corpus*, acceso a la información pública, *hábeas data*, por incumplimiento y extraordinaria de protección; así como la normativa nacional e internacional relacionada con la protección de los derechos que les asiste a las víctimas de delitos sexuales, desde la óptica de la tutela judicial efectiva, la cual implica no sólo el acceso a la justicia sino el derecho al debido proceso, a una resolución oportuna, a la reparación del daño, a los recursos y al cumplimiento y ejecución de lo ordenado en sentencia, principalmente.

En ese sentido, se desarrolló una investigación con enfoque de derechos humanos basada en fuentes bibliográficas especializadas en Derechos Humanos, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Constitucional y Victimología. En el marco de este enfoque, se hace énfasis en la situación de las mujeres víctimas de delitos contra la integridad sexual por el alto grado de victimización que sufren en razón de su género.

Para procesar la información se recurrió a la investigación descriptiva, mediante la cual se propuso describir y analizar, en base a la investigación documental, cómo la normativa y la jurisprudencia internacional entiende y define el derecho a la tutela judicial efectiva y a las víctimas de violencia sexual, y cómo protege a las víctimas de infracciones penales, en general, y de violencia sexual, en particular; asimismo, de qué forma la normativa y la jurisprudencia ecuatoriana configura el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, y de qué forma y en qué medida protege sus derechos dentro del proceso penal ecuatoriano.

La información que sirvió de sustento para comprobar las hipótesis del presente trabajo de investigación ha sido recabada de fuentes documentales primarias y secundarias impresas y digitales -libros, revistas, investigaciones, cuerpos normativos, jurisprudencia- existentes en las bibliotecas de las universidades Andina Simón Bolívar (Sede Ecuador), San Francisco de Quito y Católica del Ecuador; en la biblioteca de la Corte Constitucional del Ecuador; y, en la biblioteca de la Universidad Pública de Navarra (Pamplona/España), así como en librerías nacionales y extranjeras, y en la web; las cuales han sido objeto de un detenido análisis cualitativo.

Adicionalmente, se ha recurrido a información estadística al igual que a información oficial recabada de la Dirección Nacional de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General del Estado, de la Dirección Nacional de la Escuela de la

Función Judicial, de la Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia del Consejo de la Judicatura y de la experiencia de dos Fiscales de Violencia de Género.

En el esquema de la investigación no se consideró la investigación de campo debido a las dificultades que implicaba contar con un grupo de víctimas de delitos de naturaleza sexual dispuestas a relatar su experiencia dentro del sistema de justicia penal durante la judicialización de su caso; además, se tuvo presente evitar revictimizarlas al colocarlas en dicha situación. Tampoco se pudo hacer un estudio de casos en razón de que los Tribunales de Garantías Penales, de conformidad con el principio de privacidad y confidencialidad y la excepción al principio de publicidad previstos en el Código Orgánico Integral Penal para el caso de delitos contra la integridad sexual, están prohibidos de facilitar al público en general los expedientes sustanciados en dicha materia. Por otra parte, si bien las Gacetas Judiciales publican sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia en casos de delitos contra la integridad sexual, dentro de recursos de revisión y casación, las sentencias que se ubicaron correspondían a juicios sustanciados según el anterior Código de Procedimiento Penal; esto, sumado a las limitaciones que la naturaleza de dichos recursos presentaba para el objetivo de esta investigación, impidió que se haga cabal uso de dichas fuentes.

Con la presente investigación se espera aportar determinando de qué manera y en qué medida el proceso penal ecuatoriano garantiza y respeta los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y, fundamentalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este trabajo está estructurado en tres capítulos: en el primero se analiza el marco normativo internacional sobre tutela judicial efectiva, a partir del cual se establece cómo se define a la tutela judicial efectiva a nivel internacional; en el segundo se examina el marco normativo internacional referente a la protección de las víctimas de infracciones penales y de violencia sexual, en base al cual se determina cómo se define y protege a las víctimas de violencia sexual a nivel internacional; y, en el tercer capítulo se profundiza en el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de delitos contra la integridad sexual en Ecuador, que incluye un análisis de la evolución penal y procesal penal del tratamiento de estos delitos y de sus víctimas así como de los diferentes derechos que la legislación ecuatoriana les reconoce a las víctimas de infracciones

penales, en especial, a las víctimas de delitos contra la integridad sexual. A partir de lo cual se arribó a las conclusiones del presente trabajo investigativo.

CAPÍTULO I

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL REFERENTE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: CÓMO SE ENTIENDE Y DEFINE A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A NIVEL INTERNACIONAL

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos regula las relaciones entre los individuos y el Estado, imponiendo determinadas obligaciones a éste último respecto de los primeros;⁹ para el efecto, contiene una serie de valores y principios que orientan las actuaciones de los Estados a fin de que garanticen el pleno ejercicio de los derechos humanos y la igualdad entre hombres y mujeres. Está integrado por un conjunto de instrumentos internacionales que consagran derechos fundamentales y crean mecanismos para su protección, en el evento de que el Estado vulnere éstos derechos. Es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce al individuo como sujeto de derechos.

Los Estados al contraer compromisos a través de la ratificación de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos adquieren las obligaciones de *respetar*, *proteger*, *asegurar* y *promover* estos derechos. En ese sentido, Abramovich y Courtis¹⁰ sostienen que las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso y el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *asegurar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien. Es decir, los Estados adquieren obligaciones negativas o de abstención y obligaciones positivas o de acción; las últimas comprenden, además, *la prevención*, *la investigación*, *la sanción* y *la reparación del daño* a las víctimas de violación de derechos humanos,

⁹ Héctor Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 28-29.

¹⁰ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, 2005, en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>.

conforme lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General N° 28.¹¹

En Ecuador, por mandato constitucional, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos son fuente de *derechos* de las “personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos” así como de *obligaciones* para el Estado.

Son fuente de *derechos* al tenor del art. 11.7 de la Constitución que establece: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”. Es decir, junto con la Constitución y la dignidad de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, los instrumentos internacionales de derechos humanos son una de las tres fuentes de derechos que establece la Constitución vigente.

Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos son también fuente de *obligaciones* para el Estado. Así lo consagra el art. 3.1 de la Constitución, que señala: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. [...]”. Si bien es cierto que la norma omite incluir, luego de la frase “instrumentos internacionales”, la expresión “de derechos humanos”, el texto que le sigue lo subsana, ya que en el mismo se menciona, a manera de referencia particular, algunos derechos humanos.

Es preciso señalar que la expresión “instrumentos internacionales de derechos humanos” abarca dos grandes grupos de normas: los tratados y el *soft law*. Al respecto, Ávila Santamaría¹² aclara que los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen

¹¹ La Observación General N° 28 fue adoptada por el Comité de Derechos Humanos en su 68 período de sesiones celebrado el 29 de marzo de 2000. Texto completo disponible en ONU, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, pp. 273-280, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>.

¹² Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 1ª ed., pp. 62- 63.

igual fuerza jurídica, son instrumentos que requieren un trámite de aprobación normalmente parlamentaria, en el interior de los Estados, y que su ratificación debe depositarse ante un organismo internacional; una vez ratificados tienen fuerza vinculante y pueden ser invocados ante una autoridad judicial como cualquier otra norma vigente. Los tratados de derechos humanos -agrega Ávila Santamaría- contienen un preámbulo (por qué del tratado), obligaciones generales (respetar y hacer respetar los derechos), enumeración de derechos (cuerpo) y un mecanismo de protección (ya sea de información, cuasi contencioso o contencioso). En cambio, *el soft law* implica simplemente una firma del Estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos pero no tienen un mecanismo de protección internacional. Se dice, por tanto, que no son vinculantes, de ahí la denominación de “derecho suave”. Entre los documentos de *soft law* se encuentran las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas, las directrices.

Adicionalmente, por expreso mandato constitucional,¹³ los derechos y garantías establecidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos (tratados y *soft law*),¹⁴ deben ser cumplidos y aplicados de forma directa e inmediata, lo cual refuerza su preeminencia.

Uno de los derechos que garantiza la Constitución ecuatoriana a toda persona es la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso quede en

¹³ Así lo consagran los arts. 11, numeral 3, y 426 de la Constitución, a saber: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. [...]”. El subrayado es mío. “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”. El subrayado es mío.

¹⁴ La Constitución ecuatoriana utiliza de manera genérica la expresión instrumentos internacionales de derechos humanos para referirse a los instrumentos relativos a esta materia sin distinguir si se trata de tratados, convenciones, declaraciones o directrices y si son ratificados o no por el país.

indefensión, tanto más que el incumplimiento de las resoluciones judiciales es sancionado por la ley.¹⁵

La tutela judicial efectiva está reconocida en varios instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; en tal virtud, los Estados, entre ellos Ecuador, tienen frente a este derecho las obligaciones referidas en el párrafo *supra*.

En el presente capítulo se analizará un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos (de ámbito universal y regional) que contienen valores y principios que orientan las actuaciones de los Estados para garantizar la tutela judicial efectiva de quienes participan en el proceso penal. A partir de este análisis se establecerá cómo se entiende y define a la tutela judicial efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1.1. Antecedentes teóricos

Para entrar al tema de estudio de este capítulo es necesario precisar que, en materia procesal penal, la tutela judicial efectiva se refiere, en términos generales, al derecho de los acusados de infracciones penales y de las víctimas de tales infracciones a acudir con sus pretensiones o expectativas y excepciones, según el caso, ante un órgano jurisdiccional y a obtener de éste (por intermedio de juezas o jueces) la protección judicial de sus derechos dentro del proceso penal hasta la total ejecución de la sentencia que se emita dentro del mismo. Se trata entonces de un derecho que, para hacerse efectivo, requiere de la concurrencia de otros derechos y varias garantías procesales. Todo esto sin perder de vista que, si bien el proceso penal es el instrumento de que dispone el Estado para ejercer *el ius puniendi*, en un Estado de Derecho es, además, el mecanismo a través del cual se busca proteger los derechos fundamentales de las personas que acceden a él, sancionar las conductas punibles e impedir el uso arbitrario del poder penal del Estado.

La tutela judicial efectiva, sin embargo de ser un derecho que les asiste tanto a los acusados de infracciones penales como a las víctimas de estas infracciones, ha sido desarrollada normativa y doctrinariamente con énfasis en los acusados; este mismo

¹⁵ Así lo establece el art. 75, a saber: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

patrón lo siguen los instrumentos internacionales que la consagran, aunque en las últimas décadas poco a poco la tutela se ha ido extendiendo a las víctimas, conforme se analiza en las siguientes líneas.

Respecto al origen del concepto de “tutela judicial efectiva” no existe consenso; sin embargo, la revisión de algunas constituciones europeas puede ser orientadora. La Constitución italiana de 1948¹⁶ estableció en su art. 24 que “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales”; por su parte, la Constitución alemana de 1949¹⁷ o Ley Fundamental de Bonn dispone en su art. 19.4 que “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”. Posteriormente, la Constitución española de 1978¹⁸ desarrolla esta institución en su art. 24 bajo la denominación de “tutela efectiva de los jueces y tribunales”,¹⁹ marcando un hito en el estudio, difusión y alcance de la misma, hasta lograr la importancia que tiene hoy en el Derecho Procesal.²⁰ Es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva tanto general como individual fue previamente constitucionalizado y difundido en Europa desde épocas de la post guerra.

¹⁶ Promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1 de enero de 1948. Disponible en <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>.

¹⁷ Aprobada en la semana del día 16 al 22 de mayo de 1949 por las representaciones del pueblo de más de los dos tercios de los Länder alemanes participantes, promulgada el 23 de mayo de 1949. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

¹⁸ En vigor desde el 29 de diciembre de 1978, fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado N° 311. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>.

¹⁹ El art. 24 de la Constitución española dispone: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

²⁰ Martín Hurtado Reyes, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Lima, Palestra, 2006, p.37.

Según García Morillo, el derecho a la tutela judicial es “[...] el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a ejercer, en el seno del proceso, todas sus facultades para que los órganos jurisdiccionales estudien su pretensión y emitan una resolución motivada y conforme a derecho que, acogiendo o desestimando dicha pretensión, establezcan la verdad oficial”;²¹ adicionalmente precisa que éste “es un derecho complejo integrado por una diversidad de elementos o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales”.²²

Para González Pérez, “el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le <<haga justicia>>; a que cuando pretenda algo de otra esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”.²³

Por su parte Chamorro Bernal define a la tutela judicial efectiva como “el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales”.²⁴

A criterio de Bandrés Sánchez-Cruzat, “el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser definido en su posición constitucional, en su enclave entre los derechos fundamentales, como el derecho que garantiza al ciudadano el acceso a los tribunales de justicia y la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones sustantivas y a través de un proceso equitativo”.²⁵

²¹ Joaquín García Morillo, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 277-278.

²² Joaquín García Morillo, *op. cit.*, p. 280.

²³ Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., p. 33.

²⁴ Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 11.

²⁵ José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, p. 101.

Gómez-Ferrer Morant sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva “comprende el derecho de acceso a la justicia, el de obtener una resolución fundada en Derecho y el de que se ejecuten las resoluciones judiciales”.²⁶

Estas definiciones sugieren de entrada que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de protección que le asiste a quienes acceden a un proceso y que le compete garantizar a los órganos jurisdiccionales; sugiere también que este derecho se verifica en tres momentos distintos, esbozados por González Pérez en base al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: - en el acceso a la justicia; - en el proceso ya iniciado (sobre la base del debido proceso); y, - una vez dictada sentencia, en el momento culminante de la ejecución y plena efectividad de los pronunciamientos.²⁷

Es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva se orienta a asegurar a las personas el acceso a la justicia, el debido proceso -dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión- y la materialización o ejecución de la sentencia obtenida en dicho proceso.

Siendo así, el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva que se realiza en el presente capítulo está estructurado sobre la base de: el acceso a la justicia, el debido proceso y la ejecución de las sentencias; considerando los derechos y garantías que en cada una de estas fases están presentes según las normas que sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, de quienes participan en el proceso penal, contienen la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; instrumentos de derechos humanos que por ser de diferentes ámbitos (universal y regional), de diferentes continentes y de diferentes fechas permiten evidenciar la evolución del tratamiento y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva a nivel internacional.

²⁶ Rafael Gómez-Ferrer Morant, “La tutela judicial efectiva como derecho fundamental”, en *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*, dirigido por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1985, p. 17.

²⁷ Jesús González Pérez, *op. cit.*, p. 59.

Este análisis estará sustentado en la jurisprudencia que sobre la materia ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, según el caso.

1.2. El acceso a la justicia

Mediante el derecho de acceso a la justicia cualquier persona está facultada a promover o solicitar el inicio de un proceso ante un órgano jurisdiccional legalmente competente o a concurrir a un proceso ya iniciado en el caso de tener algún interés legítimo en su resolución jurídica o porque ésta llegare a afectar sus derechos; y, posteriormente, dentro del proceso ya iniciado, a acceder a los recursos e instancias correspondientes legalmente establecidas.

El derecho de acceso a la justicia ha ido evolucionando con el tiempo a partir del desarrollo del *derecho a ser oído* que, como componente del derecho a la tutela judicial efectiva, varios instrumentos internacionales consagran; instrumentos que, además, supeditan el derecho a ser oído al cumplimiento de determinadas garantías que forman parte del debido proceso, las que por estar íntimamente relacionadas se las estudiará de entrada en el siguiente subtítulo.

1.2.1. Derecho a ser oído

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *la Declaración Universal de Derechos Humanos*²⁸ (en adelante la Declaración) es el primer instrumento que a nivel internacional reconoce lo que hoy se denomina el *derecho a la tutela judicial efectiva*. Sus arts. 10 y 11, y más específicamente su art. 10, plantean un cambio de paradigma en la relación de los Estados con las personas como titulares de este derecho humano, al estar aquellos obligados a generar a favor de éstas las condiciones para el efectivo ejercicio de este derecho. Además, con la concreción de la tutela judicial efectiva, mediante el reconocimiento de los derechos procesales que se traducen en el acceso a la justicia, al debido proceso y a garantías judiciales que

²⁸ La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en París-Francia. Texto completo del documento en http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml.

aseguren este último, la Declaración dejó sentado que éstos son derechos humanos y no solamente derechos de naturaleza procesal; tanto así que varias constituciones los han reconocido como tales, siendo una de ellas la ecuatoriana.

Esto sin olvidar que en la Declaración se enunciaron por primera vez los derechos humanos universales para todas las personas en un contexto individual,²⁹ sus características esenciales³⁰ y el compromiso de los Estados de asegurar su respeto universal y efectivo. De ahí que, con su adopción, la protección de los derechos humanos dejó de ser una cuestión interna de los Estados y pasó a ser responsabilidad de cada uno de éstos al igual que de toda la comunidad internacional.

Por su constitución y por carecer de un mecanismo de protección internacional que le imponga una fuerza legal coactiva, la Declaración constituye un *soft law*, no vinculante para los Estados; sin embargo, por su profundo valor moral y político ha obtenido paulatinamente el reconocimiento de su fuerza obligatoria,³¹ siendo ampliamente invocada y exigible, por y ante la comunidad internacional.

²⁹ La Declaración Universal de Derechos Humanos surge ante las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial y luego de los intentos parciales o fallidos de la comunidad internacional por acabar con las guerras, entre los cuales cuentan: el Tratado de Versalles de 1919, que puso fin a la I Guerra Mundial y que condenó las guerras de agresión; el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1920, que prohibió las guerras de agresión; el Pacto Briand-Kellogg de 1928, en el que se renuncia a la guerra como instrumento de política internacional; la Carta de Londres de 1945, que incriminó la guerra de agresión; y, la Carta de las Naciones Unidas de 1946, que prohibió la guerra, salvo la de autodefensa. José Luis de la Cuesta Arzamendi, “Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos”, en Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta Arzamendi, comps., *Protección de los Derechos Humanos en Derecho Penal Internacional y Español*, VII Cursos de Verano en San Sebastián, Ed. Universidad del País Vasco, UPV/EHU, 1989, p. 15, en <http://www.ehu.eus/es/web/ivac/proteccion-de-los-derechos-humanos-en-derecho-penal-internacional-y-espanol>.

³⁰ Los derechos humanos se caracterizan por ser: *universales*.- son inherentes a todas las personas en todos los sistemas políticos, económicos y culturales; *irrenunciables*.- no se pueden trasladar a otra persona ni renunciar a ellos; *integrales, interdependientes e indivisibles*.- se relacionan unos con otros, conforman un todo (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), no se puede sacrificar un derecho por defender otro; y, *jurídicamente exigibles*.- al estar reconocidos por los Estados en la legislación internacional y nacional, su respeto y cumplimiento puede ser exigido. IIDH-CEJIL, *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 72.

³¹ La Proclamación de Teherán, adoptada el 13 de mayo de 1968 por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, consagró a la Declaración Universal de Derechos Humanos como un documento obligatorio para la comunidad internacional (numeral 2). Por su parte la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados el 25 de junio de 1993, reafirmó su adhesión a los propósitos y principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (párrafo tercero), la cual, destacó, “constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones...” (párr. octavo).

En el preámbulo de la Declaración, la Asamblea General de las Naciones Unidas consideró como “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.³² Es decir, se partió de la premisa de que los Estados deben garantizar que todas las personas, instituciones y entidades, incluido el propio Estado, se sometan a la Constitución y a las leyes para proteger los derechos humanos.³³ En ese orden de ideas, siendo el Estado el que más posibilidades o facilidades tiene para llegar a violar los derechos humanos, la exigencia de que el poder del Estado, en especial el poder de penar o *ius puniendi*, se subordine al orden jurídico vigente es una garantía para los ciudadanos.

Con esta base, la Declaración consagra, en los arts. 10 y 11, un conjunto de garantías procesales: por una parte, el derecho de toda persona a acceder a un juicio justo, público e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o el examen de cualquier acusación penal de que sea objeto; y, por otra, el derecho de los acusados de un delito a un juicio público que garantice la presunción de su inocencia, el ejercicio de su defensa y la legalidad de la infracción y de la pena. Derechos que son fundamentales para proteger a las personas que participan en un proceso en general y, en especial, en un proceso penal.

El art. 10 de la Declaración proclama que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Esta disposición se complementada con la del art. 11 que establece:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

³² Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, considerando tercero.

³³ Ver en ese sentido, lo dicho por el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe sobre *El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. ONU, 2004, p. 5, párr. 6, en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Con el establecimiento de los derechos procesales contenidos en los arts. 10 y 11, la Declaración marcó un hito a nivel mundial en la transformación del proceso penal, esto es: el cambio de los Sistemas Inquisitivos o Mixtos, que en ese entonces predominaban, al Sistema Acusatorio moderno. Dicho de otro modo, el cambio a un sistema que privilegia la oralidad, la publicidad y la contradicción en todas las etapas del proceso penal; proceso que tiene como característica su configuración tripartita: con un acusador, un acusado y un tribunal imparcial que juzga,³⁴ en el que, a más de sus notas esenciales de carácter procedimental,³⁵ se garantizan derechos para los acusados y la participación de la víctima en el proceso penal; aunque, como se verá más adelante, la participación de esta última tiene un alcance restringido en el texto del art. 10, sin que ello obste para que estas dos disposiciones sean un trascendental aporte de la Declaración al Derecho Procesal Penal moderno.

En lo atinente al art. 10, se reafirma el principio de igualdad ante la ley y el derecho de toda persona a recibir igual protección de ella, que consagra la Declaración en su art. 7,³⁶ aunque, en relación al punto en estudio, tal principio y derecho están referidos al proceso en forma específica. Esta reafirmación, sin embargo, da cuenta de una realidad subyacente: que no todas las personas acuden al sistema de justicia en condiciones de igualdad, siendo necesario por ello enfatizar en tal principio.

³⁴ Teresa, Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ Sao Paulo/ Marcial Pons, 2013, 7ª ed., p. 29.

³⁵ Máximo Langer, en su estudio sobre las reformas procesales penales en América Latina, refiere que el sistema “acusatorio” hace relación a los procesos penales que son orales y públicos; distinguen entre las funciones de investigación y juzgamiento; proveen al ministerio fiscal, a la víctima y al imputado de un número de mecanismos para resolver el caso sin tener que ir a juicio; incluyen amplios derechos para el imputado, participación popular en el juzgamiento del caso, y permite que la víctima tenga un rol más importante en el proceso penal. El proceso penal “inquisitivo”, en cambio, es el que presenta los rasgos opuestos al “acusatorio”. El proceso penal “mixto” es el que, combina elementos de los dos anteriores y, siguiendo el código francés adoptado por Napoleón en 1808, incluye una investigación preliminar inquisitiva y un juicio acusatorio. Máximo Langer, *Revolución en el proceso penal latinoamericano. Difusión de ideas legales desde la periferia*, Santiago de Chile, CEJA, 2008, pp. 6 y 13.

³⁶ El art. 7 de la Declaración dispone: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”.

Así mismo, del tenor literal del art. 10 se colige que toda persona, sin discriminación o distingo algunos, tiene derecho a acudir ante un tribunal (juzgado, tribunal penal, corte, según el caso) para ser oída en un juicio, en los siguientes supuestos:

1. En una acción que libremente llegare a presentar para la determinación de sus derechos, como parte actora;
2. En una acción que le presentaren para la determinación de sus obligaciones, como parte demandada; y,
3. A fin de hacer frente al análisis de una acusación de índole penal contra ella planteada.

En los dos primeros supuestos la naturaleza de la acción queda abierta, pudiendo entonces ser de cualquier índole: civil, laboral, administrativa, etc., atendiendo la diversidad de criterios para clasificar los derechos y las diferentes fuentes de obligaciones que existen;³⁷ en el tercer supuesto, en cambio, hay una referencia expresa a las infracciones penales y al derecho a ser oído dentro de un juicio que tiene toda persona acusada de una infracción penal.

Sin embargo, del contenido de este artículo no se evidencia que la Asamblea General de las Naciones Unidas haya tenido la intención de que se escuche la voz de las víctimas de infracciones penales dentro del proceso penal, sino, tan sólo la de los acusados; salvo que, remarcando la primera parte del art. 10, se haya pensado en el acceso de éstas a los órganos jurisdiccionales, como parte agraviada, para obtener una indemnización de carácter civil. Es decir, se da por sentado que el Estado representa o suplanta a las víctimas en el proceso penal y que tal representación es suficiente para efectos del castigo penal.

Adicionalmente, conforme al art. 10 de la Declaración, el derecho de la persona a ser “oída” tiene como elementos esenciales que se lo haga “públicamente” y con “justicia”. *Públicamente*: esto es, no en forma privada ni en secreto sino en juicio

³⁷ En cuanto a las fuentes de las obligaciones, el art. 1453 del Código Civil de Ecuador establece que “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.

público, ante el escrutinio de todas las personas. *Con justicia*: es decir, -de acuerdo con la terminología actual- siguiendo el cauce del debido proceso y respetando los *derechos de libertad*, como denomina la Constitución ecuatoriana a los conocidos derechos civiles; derechos que la Declaración consagra, tales como: la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, a la legalidad de la infracción y de la pena,³⁸ el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad,³⁹ el derecho a la integridad personal,⁴⁰ a la igualdad ante la ley y a la no discriminación,⁴¹ a la no detención o prisión arbitraria,⁴² el derecho a la intimidad, honra o reputación,⁴³ y el derecho a buscar asilo en caso de persecución, salvo el caso de acción judicial originada por delitos comunes o por actos contrarios a los derechos humanos.⁴⁴

Dos años más tarde de aprobada la Declaración Universal de Derechos Humanos, y sobre la base de sus postulados, los gobiernos signatarios miembros del Consejo de Europa⁴⁵ adoptaron el ***Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales***⁴⁶ (en adelante el Convenio); esto, con la determinación de “[...] tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía

³⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11, numerales 1 y 2.

³⁹ *Ibíd.*, art. 3.

⁴⁰ *Ibíd.*, art. 5.

⁴¹ *Ibíd.*, art. 7.

⁴² *Ibíd.*, art. 9.

⁴³ *Ibíd.*, art. 12.

⁴⁴ *Ibíd.*, art. 14.

⁴⁵ El Consejo de Europa es una organización supranacional creada con la firma del Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949; en la actualidad es una de las siete instituciones que rigen la Unión Europea. Conforme al art. 1, literales a) y b) del Estatuto del Consejo de Europa, contenido en el Tratado de Londres, el Consejo de Europa o Consejo Europeo tiene como finalidad “realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”, así como “la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Complementariamente, el art. 9 B del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y que modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, dispone que “El Consejo europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales. No ejercerá función legislativa alguna”. Asimismo, el art. 10 B *ibídem* establece que también “[...] determinará los intereses y objetivos estratégicos de la Unión”.

⁴⁶ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953, después del depósito de 10 instrumentos de ratificación conforme lo manda su texto. En la actualidad, ha sido ratificado por 47 Estados miembros del Consejo Europeo y su ámbito geográfico de aplicación abarca unos 800 millones de ciudadanos y ciudadanas, conforme información disponible en <http://hub.coe.int/>.

colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”, animados por el “respeto a la libertad” y la “primacía del Derecho”.⁴⁷

Consecuentemente, el Convenio protege los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Partes⁴⁸ y, para asegurar dicha protección, establece un control judicial del respeto de tales derechos y libertades individuales.

Desde su adopción, el Convenio ha sido modificado por diversos Protocolos⁴⁹ que han reconocido otros derechos y libertades a los previstos en el listado inicial o han mejorado los procedimientos y mecanismos de control existentes; desarrollando de esta forma el sistema de protección del Convenio.

Entre los derechos y libertades reconocidos por el Convenio y que los Estados Partes se han obligado a respetar consta el *derecho a un proceso equitativo*, establecido en el art. 6.

Para asegurar el respeto de los compromisos resultantes del Convenio y de sus Protocolos, el Convenio “instituye” el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH) con competencia judicial en “todas las cuestiones relativas a la

⁴⁷ Considerando quinto del Preámbulo del Convenio. Texto completo del Convenio disponible en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/Convention_SPA.pdf.

⁴⁸ De conformidad con el art. 56 del Convenio este instrumento se aplicará al territorio o territorios designados por el Estado Parte en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarada mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

⁴⁹ El Protocolo N° 1, en vigor desde el 20 de marzo de 1952, incorpora la protección de los derechos a la propiedad, a la educación y a la celebración de elecciones libres. El Protocolo N° 4, en vigor desde el 16 de noviembre de 1963, prohíbe la prisión por deudas, regula la libertad de circulación, prohíbe que un Estado expulse a sus nacionales y prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. El Protocolo N° 6, en vigor desde el 28 de abril de 1983, establece la abolición de la pena de muerte, excepto en caso de guerra o de peligro inminente de guerra. El Protocolo N° 7, en vigor desde el 22 de noviembre de 1984, establece garantías de procedimiento en el caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, establece el derecho a indemnización en caso de error judicial, establece el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo delito e instaura la igualdad entre esposos. El Protocolo N° 12, en vigor desde el 4 de noviembre de 2000, prohíbe la discriminación en la aplicación de cualquier derecho reconocido legalmente. El Protocolo N° 13, en vigor desde el 3 de mayo de 2002, prohíbe la pena de muerte en cualquier circunstancia, incluso en tiempos de guerra. El Protocolo N° 11, en vigor desde el 1 de noviembre 1998, modificó el procedimiento previsto en el Convenio, suprimió la Comisión Europea de los Derechos Humanos y reformó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos permitiendo que los individuos presentaran demandas directamente ante él; además sustituyó las disposiciones de los protocolos N° 2, N° 3, N° 5 y N° 8, derogó el Protocolo N° 9 y dejó sin efecto el Protocolo N° 10. El Protocolo N° 14, en vigor desde el 1 de junio de 2010, completa los mecanismos de control del Convenio, por lo que hace más eficiente el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas”, conforme lo dispone su art. 32. Según precisa Jimena Quesada,⁵⁰ el mecanismo de control, y no tanto la cantidad de derechos reconocidos, es lo más destacado del sistema de protección diseñado por el Convenio.

Desde el 1 de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del Protocolo N° 11,⁵¹ relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, el TEDH tiene competencia para conocer de las demandas presentadas directamente ante él⁵² por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares -aunque no sean nacionales de los Estados- que se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, y que dicha violación haya sido producida por un Estado signatario del Convenio, conforme lo dispone el art. 34.⁵³

El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra desarrollado en el art. 6 del Convenio, mismo que, bajo el título “*derecho a un proceso equitativo*”, dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

⁵⁰ Luis Jimena Quesada, *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid, Colex, 2006, p. 15.

⁵¹ Protocolo N° 11, texto completo disponible en <http://www.judicatura.com/Legislacion/1529.pdf>.

⁵² Previo el agotamiento de los recursos internos y recurriendo al TEDH en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva, como lo dispone el art. 35.1 del Convenio.

⁵³ Antes de esa fecha el TEDH sólo podía conocer de casos planteados por un Estado Parte o por la Comisión Europea de Derechos Humanos, Comisión que el referido Protocolo N° 11 suprimió.

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia. (El subrayado es mío).

De modo que el derecho a un proceso equitativo, en materia penal, está previsto tan sólo para los acusados. Por otra parte, este derecho, conforme a los términos del Convenio, abarca tres componentes: 1. El derecho de toda persona a que su causa sea oída con determinadas garantías; 2. La presunción de inocencia; y, 3. El respeto de derechos mínimos para los acusados. Por consiguiente, el derecho a un proceso equitativo conlleva el cumplimiento de un conjunto de derechos.

Cabe indicar que, tal como lo recuerda Jimena Quesada, el art. 6 ha sido considerado como uno de los artículos de “base” del Convenio, el que de hecho, junto a sus garantías de carácter material, “es evidente que juega un papel instrumental o de garantía <<transversal>> de los demás derechos fundamentales”.⁵⁴ Tanto así, que es uno de los derechos más invocados ante el TEDH y sobre el cual más profusa y continuamente éste se ha pronunciado a lo largo del tiempo.

No obstante de su lectura se evidencia que, a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de otros instrumentos que se analizan en el presente título, el Convenio Europeo protege el derecho de toda persona a que su causa sea oída, más no el derecho de las personas a ser oídas; es decir, es más concreto en cuanto a qué

⁵⁴ Luis Jimena Quesada, *El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos*, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50/51, p. 186, en <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2538660.pdf>.

debe ser oído por los órganos de administración de justicia: el caso, el pedido, la pretensión o las circunstancias que llevaron a la persona hasta esa instancia.

El derecho de toda persona a que su causa sea oída conlleva que se lo haga en forma equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable.

a) Que se lo haga en forma equitativa.

En su jurisprudencia, el TEDH ha desarrollado esta garantía como el “principio de igualdad de armas”, al que califica como uno de los elementos de la noción más amplia de proceso equitativo, en virtud del cual cada parte en el proceso debe contar con una oportunidad razonable para exponer su caso sin que se produzca una situación de desventaja respecto de su oponente.⁵⁵ Paralelamente a este principio, el TEDH ha establecido como doctrina que las partes tienen a su favor el “principio de contradicción”, esto es, el derecho de conocer las alegaciones o documentos presentados por la otra parte, así como de discutirlos.⁵⁶ La aplicación del “principio de igualdad de armas” como del “principio de contradicción” puede exigirse en cualquier fase del proceso, incluyendo la fase de instrucción en los procesos penales, la de ejecución y los recursos de carácter extraordinario.⁵⁷

b) Que se lo haga públicamente.

Respecto a la publicidad, el TEDH ha proclamado que este carácter protege a los litigantes contra la administración de justicia en secreto o sin el escrutinio público; además, que es uno de los medios que ayuda a mantener la confianza en los tribunales. La publicidad, por dar transparencia a la administración de justicia, contribuye -a criterio del TEDH- a lograr el propósito del art. 6.1, es decir, un juicio justo: “uno de los principios fundamentales de toda sociedad democrática”.⁵⁸ Haciendo una interpretación

⁵⁵ HUDOC, caso *APBP vs. Francia*, sentencia de 21 de marzo de 2002, demanda N° 38436/97, párr. 23, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"itemid":\["001-64899"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 25.

⁵⁷ En ese sentido véase la sentencia del caso *Voisine vs. Francia*, de 8 de febrero de 2000, demanda N° 27362/1995, párrs. 33-34, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Voisine"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62987"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{); así como la sentencia del caso *Jasper vs. Reino Unido*, de 16 de febrero de 2000, demanda N° 27052/1995, párr. 51-56, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Jasper"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58495"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

⁵⁸ HUDOC, caso *Diennet vs. Francia*, sentencia de 26 de septiembre de 1995, demanda N° 25/1994/472/553, párr. 33, en

mucho más amplia del alcance de este principio en los casos penales, el juez Zupancic - en su opinión parcialmente disidente emitida dentro de la sentencia del caso *Guisset vs. Francia*-⁵⁹ sostiene que la razón subyacente del principio de que todos los procesos penales deben ser públicos no reside en el interés procesal particular del demandado, sino en el interés general abstracto. Es sobre todo por el interés público -dice- que los procesos penales deben ser públicos, para que la opinión pública haga un control general de las actividades o funcionamiento de los tribunales penales. Aunque, es evidente que, en muchos casos -agrega Zupancic- este principio también beneficia al acusado en la medida en que el control público contribuye a garantizar que los procesos penales se rijan por sus normas y principios,⁶⁰ y así evitar la arbitrariedad de los tribunales. Cabe indicar que no se debe confundir publicidad con mediatización de un proceso, puesto que esta última, en ocasiones, puede generar efectos contrarios a los esperados con la primera, tales como afectar la imparcialidad del juez.

Por otra parte, el TEDH también ha establecido que un juicio cumple con el requisito de publicidad sólo si el público es capaz de obtener información sobre la fecha y el lugar del mismo y, si este lugar es de fácil acceso para el público; aunque, en muchos casos, estas condiciones serán cumplidas por el simple hecho de que se realice la audiencia en un tribunal ordinario lo suficientemente grande como para dar cabida a los espectadores. Además, que cuando se celebra un juicio en un lugar de no fácil acceso al público, como una prisión, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas compensatorias para garantizar que el público y los medios de comunicación estén debidamente informados sobre el lugar de la audiencia y se garantice el acceso efectivo.⁶¹ En cuanto al acceso al lugar del juicio, como una prisión, el TEDH señala que se debería consignar la información de cómo llegar al lugar, con una clara indicación de

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Diennet"\],"documentcollectionid2":\["G RANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-62512"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

⁵⁹ HUDOC, caso *Guisset vs. Francia*, sentencia de 29 de septiembre de 2000, demanda N° 33933/1996, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Guisset"\],"documentcollectionid2":\["G RANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-63376"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

⁶⁰ Opinión parcialmente disidente del juez Zupancic, párr. quinto, sentencia caso *Guisset vs. Francia*, nota anterior, segundo anexo.

⁶¹ Sentencia caso *Riepan vs. Austria*, de 14 de noviembre de 2000, demanda N° 35115/1997, párr. 29, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Riepan"\],"documentcollectionid2":\["G RANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-58978"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

las condiciones de acceso al mismo; y que las particularidades de celebración de la audiencia (la hora, el espacio y el equipamiento del lugar) deben fomentar la asistencia pública.⁶²

Es decir, conforme lo ha sostenido el TEDH, la publicidad da transparencia a la administración de justicia, beneficiándose de ella la sociedad y las partes procesales; su importancia es tal que, sin ella, no sería posible para estas últimas verificar que se cumplan el resto de garantías y derechos que consagra el art. 6 del Convenio. No obstante tiene ciertas excepciones, como se verá en líneas posteriores.

c) Que se lo haga dentro de un plazo razonable.

En razón de las particularidades que reviste esta garantía y su íntima vinculación con el debido proceso se la analizará en el título correspondiente a este último.

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**⁶³ (en adelante el Pacto) partiendo de reconocer que “[...] no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”,⁶⁴ protege los derechos civiles y políticos de las personas que estén bajo la jurisdicción y se encuentren en el territorio de los Estados Partes, quienes se comprometen a respetar y garantizar tales derechos.⁶⁵ Para asegurar dicha protección y garantía el Pacto establece algunos mecanismos y crea el Comité de Derechos Humanos (en adelante el CDH), con el mandato de supervisar que los Estados Partes cumplan con las obligaciones que emanan del Pacto. Estos mecanismos consisten en la presentación ante el CDH de: 1. Informes periódicos, sobre la aplicación de los derechos reconocidos en el Pacto y el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos, por parte de los Estados que han ratificado el Pacto;⁶⁶ y 2. Comunicaciones con la queja de

⁶² *Ibíd.*, párr. 30.

⁶³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con su art. 49. El Estado ecuatoriano lo ratificó el 6 de marzo de 1969. Texto completo en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

⁶⁴ Pacto, Preámbulo, considerando tercero.

⁶⁵ Pacto, art. 2.1.

⁶⁶ Pacto, art. 40.

un Estado Parte contra otro Estado Parte porque no cumple con las obligaciones que le impone el Pacto.⁶⁷

Paralelamente a la adopción del Pacto, el 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas también adoptó el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁸ (en adelante el Protocolo) mediante el cual el CDH podrá conocer comunicaciones de individuos, que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte del Pacto y del Protocolo, que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.⁶⁹ Este es el tercer mecanismo diseñado para asegurar la protección de los derechos consagrados en el Pacto.

Entre los derechos que reconoce el Pacto se encuentra el derecho *a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a ser oída públicamente ante éstos con las debidas garantías* previsto en el art. 14; este derecho consiste en:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

⁶⁷ Pacto, art. 41. Cabe mencionar que este procedimiento nunca ha sido utilizado por un Estado Parte. Información disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>.

⁶⁸ El Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el Pacto, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El Estado ecuatoriano lo ratificó el 6 de marzo de 1969. Texto completo disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>.

⁶⁹ Protocolo, art. 1.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. (El subrayado es mío).

Al examinar el texto de este artículo se advierte que se trata de una disposición parecida a la del art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, puesto que, al igual que éste, está pensado en los acusados de infracciones penales y, además, abarca sus tres componentes básicos: - El derecho de toda persona a ser oída con determinadas garantías; - La presunción de inocencia; y, - El respeto de derechos mínimos para los acusados.

Sin embargo, el art. 14 del Pacto, en la parte inicial del párrafo 1, agrega un derecho que no tiene el art. 6 del Convenio, se trata del derecho de todas las personas a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia; además, el art. 14 del Pacto, a diferencia del art. 6 del Convenio Europeo, amplía su alcance a cuatro aspectos más, a saber: 1. El reconocimiento expreso de que los menores de edad acusados de un delito gozarán de los mismos derechos que los acusados adultos y el mandato de estimular su readaptación social; 2. El derecho a que un tribunal superior revise el fallo condenatorio y la pena impuesta a toda persona declarada culpable de un delito; 3. La indemnización en caso de error judicial; y 4. El principio *non bis in idem*, mediante el cual se prohíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho.

Es decir, conforme lo ha reconocido el propio CDH, se trata de un artículo de “naturaleza compleja”, de ahí que diferentes aspectos de sus disposiciones exijan comentarios concretos, más aún cuando dichas disposiciones tienen como finalidad “garantizar la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales [...]”. Sobre esta base, en 1984, el CDH adoptó la Observación General N° 13, titulada: *Administración de Justicia (artículo 14)*⁷⁰, que tiene por objeto orientar a los Estados Partes sobre el alcance del art. 14 del Pacto y, además, ofrecerles insumos para que proporcionen mejor información sobre la aplicación del mismo al momento de presentar informes ante el CDH.

Pero la trascendencia del art. 14 del Pacto ameritó un esfuerzo adicional por parte del CDH, organismo que, en 2007, adoptó la Observación General N° 32, denominada:

⁷⁰ Naciones Unidas, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, vol. I, Observación General N° 13, 1984, pp. 220-223, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>.

El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia,⁷¹ que sustituyó a la Observación General N° 13.

El CDH ha desarrollado la Observación General N° 32 basándose en sus pronunciamientos emitidos dentro de las comunicaciones individuales puestas en su conocimiento; lo cual le da un valor particular a esta Observación General ya que a través de la misma el mencionado órgano sintetiza su doctrina establecida sobre la materia y aclara el contenido del art. 14. Para el efecto, el CDH explica el alcance de los siguientes temas: - Igualdad ante los tribunales y cortes de justicia; - Una audiencia pública con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial; - Presunción de inocencia; - Derechos de las personas acusadas de delitos; - Menores de edad; - Revisión por un tribunal superior; - Indemnización en caso de error judicial; y, - La cosa juzgada (*ne bis in idem*). Adicionalmente, ilustra la relación del art. 14 con otras disposiciones del Pacto.

Para empezar el análisis el CDH hace algunas *consideraciones generales*,⁷² destacándose las siguientes:

- El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial “es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”.
- El art. 14 del Pacto tiene por objeto velar por la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, garantiza una serie de derechos específicos.
- El art. 14 es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación.
- El art. 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno; “el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno.

⁷¹ Naciones Unidas, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, vol. I, Observación General N° 32, 2007, pp. 296-318, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>.

⁷² *Ibíd.*, párrs. 1-6.

- Los Estados que en circunstancias de emergencia pública decidan dejar en suspenso los procedimientos normales previstos en el art. 14 deben asegurarse de que tal suspensión no vaya más allá de lo que exija estrictamente la situación. Las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión.
- En ningún caso se admite desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia.

Sin embargo, el CDH no analiza el *derecho de toda persona a ser oída*, sino que, por la vía del análisis del derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, analiza el alcance del acceso a la justicia.

En relación al *derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*,⁷³ el CDH puntualiza que éste compromete a todo órgano al que se le confíe una función judicial; y garantiza, en términos generales, además de los principios establecidos en la segunda oración del párrafo 1 del art.14 (entre ellos, el derecho de toda persona a ser oída), la igualdad de acceso y la igualdad de medios procesales, sin discriminación alguna para las partes que intervienen en el procedimiento.

La *igualdad de acceso* a los tribunales se garantiza en los casos en que se trata de determinar cargos penales, así como derechos y obligaciones en un procedimiento judicial. El acceso a la administración de justicia -agrega el CDH- debe garantizarse efectivamente en todos estos casos “para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia”.

Tanto el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia como el de acceso a los mismos no están limitados a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que deben gozar de él todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios, niños no acompañados y otras personas que puedan encontrarse en el territorio o sujetas a la jurisdicción del Estado Parte; tampoco están limitados a persona alguna por razones como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

⁷³ *Ibíd.*, párrs. 7-14.

Además, el que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido, por lo que el CDH alienta a los Estados a proporcionar asistencia letrada gratuita en otros casos, a más de los penales, cuando las personas carezcan de medios suficientes para pagarla. En algunos casos, de acuerdo a las circunstancias que rodeen al mismo, pueden estar incluso obligados a hacerlo. Asimismo, la imposición de costas a las partes en un proceso judicial impide el acceso de una persona a la justicia.

Adicionalmente, el CDH puntualiza que el derecho a la igualdad de acceso a los tribunales y cortes de justicia, se refiere al acceso a los procedimientos de primera instancia y no al de apelación u otros recursos.

El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la *igualdad de medios procesales*. Esto significa -agrega el CDH- que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado.

La igualdad ante los tribunales y cortes de justicia también exige que los casos similares sean tratados en procesos similares; en ese sentido -concluye el CDH- si para la determinación de ciertas categorías de casos se aplican procedimientos penales excepcionales o tribunales o cortes de justicia especialmente constituidos, habrá que dar motivos objetivos y razonables que justifiquen la distinción.

En cuanto a la noción de juicio con las “debidas garantías”,⁷⁴ el CDH precisa que ésta incluye la garantía de una audiencia pública e imparcial. Un proceso equitativo entraña la ausencia de toda influencia, presión, intimidación o intrusión directa o indirecta de cualquier parte o por cualquier motivo. Una audiencia no es imparcial si, por ejemplo, el acusado en un proceso penal enfrenta la expresión de una actitud hostil de parte del público o el apoyo de una parte en la sala del tribunal que es tolerada por el tribunal, con lo que se viola el derecho a la defensa o el acusado queda expuesto a otras manifestaciones de hostilidad con efectos similares. Las expresiones de actitudes racistas

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 25.

por parte de los miembros de un jurado toleradas por el tribunal o una selección racialmente tendenciosa de los miembros del jurado son otros casos que afectan negativamente el carácter equitativo del proceso, enfatiza el CDH.

En definitiva, al examinar el texto del art. 14 del Pacto se puede concluir que el elemento que lo hace sustancialmente diferente a las disposiciones que sobre la tutela judicial efectiva contienen otros instrumentos internacionales es la incorporación de la garantía que establece, desde el inicio del artículo, que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”, lo cual, en el ámbito penal, significa el reconocimiento del derecho de las víctimas de infracciones penales -y no sólo de los acusados de las mismas- a la tutela judicial efectiva.

Así lo corrobora el CDH en su dictamen del caso *L.N.P. vs. Argentina*.⁷⁵ Este caso tiene como antecedente la agresión sexual de que fue víctima L.N.P, una adolescente de la etnia Qom, por parte de tres jóvenes “criollos” del pueblo en donde vivía. Recibida la denuncia, los acusados son detenidos e investigados; luego de ello se sustancia un juicio cargado de irregularidades procesales, prejuicios de género y discriminación étnico-racial, en el cual, pese a que se probó el acceso carnal por la fuerza, los acusados son absueltos. En el aspecto procesal, el juicio fue llevado en español, sin intérpretes, lo cual dificultó las declaraciones tanto de la víctima como de otros testigos cuyo idioma principal es el Qom; la víctima no contó con asesoría jurídica ni información sobre sus derechos; los testigos de la víctima fueron descalificados por ser indígenas y la sentencia no le fue notificada a la víctima por lo que no pudo apelarla.

L.N.P. acude ante el CDH afirmando ser víctima de la violación de los artículos 2, 3, 7, 14 párrafos 1 y 5, 17, 24 y 26 del Pacto. Durante la tramitación de la comunicación ante el CDH el gobierno provincial admitió su responsabilidad sobre los hechos denunciados y, posteriormente, el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional, lo cual propició un acercamiento entre las partes para, a través de una solución amistosa, reparar integralmente el daño causado a L.N.P.; en ese marco, se ejecutaron algunas medidas reparatorias pero otras no, por lo que la autora de la comunicación rechazó el acuerdo amistoso y solicitó al CDH continuar con el caso.

⁷⁵ CDH, caso *L.N.P. vs. Argentina*, dictamen de 18 de julio de 2011, comunicación N° 1610/2007, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/449/77/PDF/G1144977.pdf?OpenElement>.

En el examen de fondo, relacionado con la violación del párrafo 1 del art. 14 del Pacto, el CDH toma nota de la afirmación de la autora en el sentido de que, al no haber sido informada sobre su derecho a constituirse en parte querellante según la legislación provincial vigente, no pudo participar como parte en el proceso y que, en consecuencia, tampoco le fue notificada la sentencia absolutoria; y que durante el proceso judicial se evidenciaron algunas irregularidades, tales como el realizarse éste íntegramente en español y sin interpretación, a pesar de que tanto ella como otros testigos tenían problemas de comunicación en dicho idioma. En vista de que el Estado Parte no refutó dichas alegaciones, el Comité consideró “que se había violado el derecho de la autora a acceder a los tribunales en condiciones de igualdad reconocido en el párrafo 1 del artículo 14”.⁷⁶

De esta forma, tanto la parte inicial del art. 14 del Pacto como el dictamen del CDH en el caso *L.N.P. vs. Argentina* ratifican que, en un sistema democrático, los derechos humanos deben ser garantizados a todas las personas por igual, y que la tutela judicial efectiva tiene que constituirse en una garantía de igualdad tanto para los acusados de infracciones penales como para las víctimas de las mismas.

Otro instrumento que garantiza la tutela judicial efectiva de quienes participan en un proceso penal es la ***Convención Americana sobre Derechos Humanos***⁷⁷ (en adelante la Convención Americana). Este instrumento regional, en el que se asienta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, protege básicamente derechos civiles y políticos, puesto que, si bien incorpora un capítulo titulado *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en él se limita a establecer el compromiso de los Estados Partes de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos, “en la medida de los recursos disponibles”.⁷⁸

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 13.5.

⁷⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada “Pacto de San José de Costa Rica” por el lugar en el que se suscribió, fue adoptada por los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de junio de 1978, siendo ratificada por Ecuador el 28 de diciembre de 1977. Texto completo del documento en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/5.%20CONVENCION%20AMERICANA.pdf>.

⁷⁸ Para concretar el reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 17 de noviembre de 1988, los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptaron el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”. Este instrumento entró en vigor el 16

Entre los derechos civiles y políticos que la Convención Americana reconoce a las personas se encuentra el derecho a *las garantías judiciales*, esto es: *a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un órgano judicial competente, independiente e imparcial*, consagrado en el art.8.

Para promover y proteger estos derechos humanos la Convención Americana otorga competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH); a la primera, para promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir de órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos (OEA) en esta materia⁷⁹ y, a la segunda, para la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como de otros tratados de derechos humanos del Sistema Interamericano, en calidad de instancia judicial autónoma.⁸⁰

Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede acudir directamente ante la CIDH con peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas referentes a la presunta violación de los derechos consagrados en la Convención Americana o en cualquiera de los instrumentos interamericanos señalados en el Reglamento de la CIDH,⁸¹ previo el cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto.⁸² Sin

de noviembre de 1999; Ecuador lo ratificó el 25 de marzo de 1993. Texto completo del documento en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/9.PROTOCOLO%20SAN%20SALVADOR.pdf>.

⁷⁹ Conforme lo disponen los arts. 41 de la Convención Americana; 1 del Estatuto de la CIDH, aprobado mediante la Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA celebrada en octubre de 1979; y, 1 del Reglamento de la CIDH, aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y modificado el 2 de septiembre de 2011. El Estatuto de la CIDH está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/24.ESTATUTO%20COMISION.pdf>. El Reglamento de la CIDH está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2011.pdf>.

⁸⁰ Así lo disponen los arts. 61 y 64 de la Convención Americana y 1 del Estatuto de la Corte IDH, aprobado mediante resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA celebrada en octubre de 1979. El Estatuto de la Corte IDH está disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/estatuto>.

⁸¹ Entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”; conforme lo dispone el art. 23 del Reglamento de la CIDH.

⁸² Tales como: el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna y que la petición sea presentada dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos

embargo, no lo pueden hacer directamente ante la Corte IDH, a *motu proprio*, por cuanto sólo los Estados Partes y la CIDH tienen derecho a hacerlo, siempre que se hayan agotado los procedimientos previsto por la Convención Americana;⁸³ es decir, las presuntas víctimas no tienen la misma capacidad procesal que los Estados Partes o la CIDH para presentar su caso.

No obstante, una vez presentada la demanda ante la Corte IDH por parte de la CIDH y notificado el escrito de sometimiento del caso a esta Corte, las presuntas víctimas o sus representantes tienen el derecho de participar procesalmente de forma autónoma durante todo el proceso, como parte procesal, con la presentación escrita de solicitudes, argumentos y pruebas.⁸⁴ Este reconocimiento de la víctima como *sujeto procesal* en casos contenciosos ante la Corte IDH fue incorporado normativamente por primera vez en el Reglamento de la Corte IDH adoptado en noviembre de 2000, que entró en vigencia el 1 de junio de 2001; antes de esa fecha las víctimas tenían un rol secundario en los procesos ante la Corte IDH, supeditado a las actuaciones de la CIDH.

Conforme lo establece el Reglamento de la Corte IDH “la expresión ‘presunta víctima’ significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención o en otro tratado del Sistema Interamericano”⁸⁵ y “el término ‘víctima’ significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con la sentencia proferida por la Corte”.⁸⁶ No obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ampliado el reconocimiento de la condición de víctima a los familiares inmediatos de ésta, sobre todo en los casos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales, tal como lo determinó en las sentencias de los casos *Villagrán Morales* y

haya sido notificado de la decisión definitiva, salvo que no se le haya permitido a éste el acceso a los recursos internos o haya sido impedido de agotarlos, haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos o no exista en la legislación interna del Estado denunciado el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; conforme lo establece el art. 46 de la Convención Americana.

⁸³ Convención Americana, arts. 44 y 61.

⁸⁴ Así lo establece el art. 25.1 del actual Reglamento de la Corte IDH aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009; de igual forma lo estableció por primera vez el art. 23.1 del Reglamento aprobado en el 2000. El texto completo del Reglamento vigente de la Corte IDH está disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf.

⁸⁵ Reglamento, art. 2. 25.

⁸⁶ Reglamento, art. 2. 33.

otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala,⁸⁷ *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*,⁸⁸ *Molina Theissen vs. Guatemala*,⁸⁹ de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*,⁹⁰ de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*,⁹¹ por citar algunos. En ese sentido, como lo señala el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente en relación a la sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, la evolución del concepto de víctima, a partir de la noción nuclear, concentrada en lo que se llamaría la víctima directa, hasta arribar, en su caso, a las nociones ampliadas que se expresan bajo los conceptos de víctima indirecta y víctima potencial, revela claramente el impulso tutelar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que pretende llevar cada vez más lejos la protección real de los derechos humanos, bajo el principio favorecedor de la persona humana o *pro homine*.⁹²

El desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en relación al tratamiento procesal de las víctimas en general y de las víctimas de delitos sexuales, en particular, se lo analizará en el capítulo II cuando se profundice en el alcance de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, instrumento interamericano respecto del cual, como se anotó en líneas anteriores, tanto la CIDH como la Corte IDH son competentes en sus respectivos ámbitos para conocer de la presunta violación de los derechos que aquel consagra.

Volviendo a la Convención Americana, un aspecto importante a resaltar es la facultad que confiere a la Corte IDH para disponer que se garantice a la persona lesionada el goce de su derecho o libertad conculcados y, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de tal derecho o libertad, así como el pago de una justa indemnización; ello, si del proceso se resuelve que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención.

⁸⁷ Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párrs. 171 y 174.

⁸⁸ Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), párr. 165.

⁸⁹ Corte IDH, caso *Molina Theissen vs. Guatemala*, sentencia de 4 de mayo de 2004 (Fondo), párr. 44.

⁹⁰ Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 118 y 119.

⁹¹ Corte IDH, caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 111-115.

⁹² Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

Asimismo, la Corte IDH tiene la facultad de tomar las medidas provisionales que considere pertinentes, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas;⁹³ lo cual, garantiza la eficacia de su labor.

En cuanto a la tutela judicial efectiva, el art. 8 de la Convención Americana, bajo el nombre de “garantías judiciales”, contiene de manera amplia los elementos que configuran este derecho. Por otra parte, el art. 25 *ibídem*, con el título de “protección judicial”, también establece algunos elementos esenciales de este derecho aunque relacionados a la tutela de los derechos fundamentales protegidos en diferentes ordenamientos jurídicos a través de las llamadas *garantías constitucionales* (acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, etc.);⁹⁴ es decir, no está referido a la protección judicial de las personas que acceden a la justicia ordinaria de carácter penal. Siendo así, aunque la Corte IDH en su jurisprudencia integra las normas de estos artículos como un todo -tal como se verá más adelante- por el objetivo de este estudio se analizará el art. 8, que establece:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

⁹³ Convención Americana, art. 63.

⁹⁴ Artículo 25. Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (El subrayado es mío).

Como se advierte de su sola lectura, esta disposición es parecida a la del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la del art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuanto abarca los tres componentes que le son comunes a estos dos instrumentos, a saber: - El derecho de toda persona a ser oída con determinadas garantías; - La presunción de inocencia; y, - El respeto de derechos mínimos para los acusados. Aunque, al igual que el Convenio Europeo, pero a diferencia del Pacto, el art. 8 de la Convención Americana nada establece respecto del derecho de todas las personas a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, ni respecto de los adolescentes en conflicto con la ley penal, ni tampoco en relación a la indemnización por error judicial. Y, a diferencia del Convenio Europeo y del Pacto, que se extienden en reglar las excepciones a la publicidad del proceso, el art. 8 de la Convención Americana es puntual al establecer que el proceso penal será público “salvo en lo que sea necesario para

preservar los intereses de la justicia”. Por lo demás, la referida disposición incorpora las ampliaciones relativas a derechos y garantías que el Pacto también hace, esto es: el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior y el principio *non bis in idem*; aunque, este último principio está previsto en la Convención Americana para el caso de un inculpado *absuelto* por una sentencia firme, a diferencia del Pacto que lo prevé para quien haya sido *condenado o absuelto* por una sentencia firme, además la Convención Americana se refiere a un nuevo juicio por *los mismos hechos* mientras que el Pacto a un nuevo juicio por *el mismo delito*, siendo la expresión de la Convención Americana más amplia en beneficio de la víctima.⁹⁵

El contenido del art. 8 ha sido desarrollado por la Corte IDH en su jurisprudencia y, en menor medida, en sus Opiniones Consultivas. En el ámbito judicial, el desarrollo ha sido básicamente en materia penal, a la que corresponde la mayoría de casos que llegan a conocimiento de dicha Corte.

En cuanto al *derecho a ser oído*, en el caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*,⁹⁶ la Corte IDH ratificó que este derecho comprende, en general, “el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones, el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera oral”. Recordó, además, su pronunciamiento en el sentido de que el Estado tiene el deber de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan ‘amplias posibilidades de ser oídos’ ‘en todas las etapas de los respectivos procesos’ de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios, y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades, antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.⁹⁷

Asimismo, acogiendo el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la exigencia establecida en el art. 6 del Convenio Europeo, de que una persona ‘sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial’, que es similar a la establecida en el art. 8.1 de la

⁹⁵ Así lo ha reivindicado la propia Corte IDH en sus sentencias. Al respecto, cfr., Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo), párr. 66, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf.

⁹⁶ Corte IDH, caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, sentencia de 13 de octubre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf.

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 120.

Convención Americana, la Corte IDH coincide en que esta exigencia es equiparable al derecho a un ‘juicio’ o a ‘procedimientos judiciales’ justos, lo cual supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe ‘un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión’.⁹⁸ Además, la Corte IDH acota que el derecho a ser oído establecido en el art. 8.1 de la Convención Americana implica dos ámbitos: “un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba)”; y, “un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”.⁹⁹

El derecho a ser oído debe asegurarse, al tenor del art. 8.1 de la Convención Americana, con las “debidas garantías”. En la *Opinión Consultiva sobre el Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*,¹⁰⁰ solicitada por la CIDH, la Corte IDH determinó que las garantías judiciales “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, de ahí que los Estados Partes, a la par que tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de las personas, tienen también la de proteger y asegurar su ejercicio a través de tales garantías, esto es, “de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”.¹⁰¹

De lo anterior se colige que, el derecho a ser oído previsto en la Convención Americana es, en términos generales, análogo al derecho de toda persona a acceder a la justicia o de recurrir ante órganos jurisdiccionales del Estado, determinados por la Ley, para obtener la protección de sus derechos o hacer valer cualquier otra pretensión; derecho que se materializará con las debidas garantías, esto es a través de los requisitos,

⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 121.

⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 122.

¹⁰⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *El Derecho Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6), emitida el 30 de enero de 1987, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.

¹⁰¹ *Ibíd.*, párr. 25.

medios idóneos, actos y condiciones que deben cumplirse en un proceso para asegurar que las partes procesales hagan efectivos en todo momento sus derechos y libertades.

En cuanto al *acceso de las mujeres a la justicia*, la ***Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer***¹⁰² (en adelante la CEDAW), considerada la Carta Magna de las mujeres por ser el primer instrumento internacional que protege explícita o implícitamente los derechos humanos de las mujeres al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo,¹⁰³ propugna la protección de las mujeres dentro de un proceso, dando por sentado su acceso a la justicia.

A diferencia de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, la CEDAW establece la protección de los derechos tomando en cuenta las necesidades específicas de las mujeres, ya sea por su condición sexual, de género o debido a la histórica desigualdad de poder entre los sexos. En ese sentido, concordando con Alda Facio, aunque en el momento en que fue discutida todavía no se hablaba de género¹⁰⁴ o perspectiva de género,¹⁰⁵ se puede decir que es un instrumento con perspectiva de

¹⁰² La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, también conocida como CEDAW por sus siglas en inglés, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de diciembre de 1981, siendo ratificada plenamente por Ecuador el 9 de noviembre de 1981. Hasta septiembre de 2015, 189 países eran parte de esta Convención. Información disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en.

Texto completo del instrumento en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

¹⁰³ Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, 1ª ed., p. 542.

¹⁰⁴ El género es una construcción social que asigna características, comportamientos y roles de forma diferenciada a hombres y a mujeres de acuerdo a su sexo biológico, dando más valor y jerarquía a los asignados a los hombres; de modo que la diferencia sexual se convierte en el fundamento de la desigualdad de género y de la subordinación, discriminación y violencia hacia las mujeres. Es también una *categoría de análisis* que permite hacer visibles las relaciones de poder que dicha asignación establece y que transforma las diferencias entre hombres y mujeres en desigualdad y desventaja para las mujeres. Esta categoría de análisis evidencia cómo las sociedades oponen y jerarquizan lo masculino sobre lo femenino estableciendo relaciones de dominación/subordinación, y cuestiona la subordinación como un destino históricamente determinado para las mujeres.

¹⁰⁵ La perspectiva de género es la visión crítica y analítica que se le da al género para comprender qué es, cómo opera y cuáles son sus efectos en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, a fin de explicar la posición social de desigualdad, discriminación y subordinación de las mujeres en relación a los hombres y plantear soluciones a las mismas. Además, aporta las herramientas teóricas, metodológicas y técnicas para formular, ejecutar y evaluar estrategias que creen las condiciones que permitan eliminar las causas de las desigualdades e inequidades de género, promover la igualdad entre hombres y mujeres y construir nuevas formas de relacionamiento social que no estén basadas en la discriminación. Surge en el ámbito de las ciencias sociales, particularmente de la teoría de género. También se denomina enfoque de género.

género¹⁰⁶ que se ha ido desarrollando a través de las Recomendaciones Generales emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante el Comité CEDAW), organismo encargado de monitorear los progresos realizados por los Estados Partes en la aplicación de la Convención.¹⁰⁷

La CEDAW está regida por tres principios fundamentales: no discriminación, igualdad sustantiva y responsabilidad estatal.

La no discriminación contra las mujeres y la igualdad entre los sexos son los conceptos básicos de la CEDAW, alrededor de los cuales gira todo su contenido. El art. 1 establece que la expresión “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Esta definición señala las distintas formas de discriminación contra la mujer que se pueden presentar, ya sea de manera directa o indirecta, total o parcialmente, en cualquiera de las distintas etapas de la existencia de un derecho: en su reconocimiento, goce o ejercicio. Proclama la igualdad de la mujer basada en la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales, prohíbe la discriminación de la mujer en todas las esferas de la vida pública o privada, incluso las que se dan dentro del matrimonio.

Sobre la base de esta definición la CEDAW se propone eliminar la discriminación contra la mujer y alcanzar la igualdad no sólo formal o ante la ley sino también la igualdad real o sustantiva. En ese sentido, del art 2 al art. 16, establece diferentes medidas económicas y sociales que los Estados Partes deben llevar a cabo para que se dé la igualdad de las mujeres en la realidad o en las prácticas sociales.

Sobre el tema, véase con más detalle a Alda Facio, *Cuando el género suena cambios trae*, San José, ILANUD, 1996, 2ª ed., pp. 43-44; e, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional*, San José, IIDH, 2004, 1ª reimpresión, pp. 74-83.

¹⁰⁶ Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, *supra* nota 103, p. 543.

¹⁰⁷ Hasta julio de 2015 el Comité CEDAW ha emitido 33 Recomendaciones Generales sobre diferentes temáticas que no están desarrolladas explícitamente en la CEDAW o que, por su trascendencia en la vida de las mujeres en un momento dado, han requerido de una interpretación del Comité y de instrucciones específicas para apoyar a los Estados Partes en la aplicación efectiva de los artículos de la Convención.

Entre ellas, el art. 4 de la CEDAW establece que los Estados Partes pueden adoptar “medidas especiales de carácter temporal”, también llamadas “medidas de acción afirmativa” o “acciones afirmativas”, dirigidas a acelerar el logro de la igualdad en el hombre y la mujer sin que éstas sean consideradas como discriminatorias para los hombres, como un mecanismo para corregir las desigualdades existentes. Estas medidas especiales buscan, a través de beneficios específicos para las mujeres, eliminar las desventajas históricas que las afectan y asegurar que cuenten con los medios, recursos y las mismas oportunidades; es decir, conforme a la CEDAW, el logro de la igualdad real muchas veces requerirá el trato desigual para obtener un resultado igual. Según Facio, la lógica detrás de estas medidas especiales es que el carácter sistémico de la discriminación contra las mujeres hace que sea imposible su eliminación sin medidas correctivas; siendo su objetivo generar una sociedad en la cual las mujeres reciban igual respeto, gocen de sus derechos humanos en igualdad con los hombres en todas las esferas y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación. Por eso son transitorias y deben ser eliminadas en el momento en que se haya logrado una igualdad real entre hombres y mujeres.¹⁰⁸

Otro elemento fundamental que introduce la CEDAW es la obligación de los Estados Partes de eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer y de reconocer, proteger y garantizar sus derechos, no sólo frente a actos discriminatorios provenientes de funcionarios públicos o agentes del Estado sino también de actos provenientes de particulares. De conformidad con el art. 2.e., los Estados Partes están obligados a “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”; es decir, la CEDAW amplía el concepto de responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas o entidades no estatales, actos que son imputables al Estado porque, al ratificar la CEDAW, se obligó a garantizar que éstos no sucedan.

En relación a la tutela judicial efectiva, la CEDAW se enfoca más en el área civil que en la penal; lo cual se explica por la necesidad de los cambios que en materia civil urgía introducir en las legislaciones nacionales en la época de su aprobación, tal como lo

¹⁰⁸ Alda Facio, “La Carta Magna de todas las mujeres”, *supra* nota 103, p. 545.

hizo Ecuador, en 1989, derivado de la aplicación de las disposiciones de la CEDAW.¹⁰⁹ Los arts. 2.c. y 15.2,¹¹⁰ establecen dicha protección, siendo más pertinente para el presente análisis la disposición normativa del art. 2.c. que establece:

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y con tal objeto se comprometen a: [...]

c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de la igualdad con los hombres y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

Es decir, los Estados Partes se han comprometido a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, entre ellas las que se producen en la administración de justicia, para lo cual se obligan a proveer a la mujer de la protección jurídica efectiva de sus derechos en este ámbito.

Al respecto, en el dictamen del caso *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*,¹¹¹ que tiene como antecedente la violación sexual de que fue víctima Karen Tayag y que ésta denunció ante la autoridad competente, pero que luego de ocho (8) años fue desestimada en sentencia cuando la jueza que conoció el caso, basándose en estereotipos de género, cuestionó la credibilidad del testimonio de la víctima y declaró la no culpabilidad del acusado, el Comité CEDAW, ante la alegada violación del art. 2.c. de la CEDAW por

¹⁰⁹ Mediante Ley N° 043, publicada en el Registro Oficial N° 256, suplemento, de 18 de Agosto de 1989, se aprobaron 81 reformas al Código Civil referentes a la capacidad jurídica de la mujer dentro del matrimonio, administración de la sociedad conyugal, paternidad responsable, ayuda mutua de los cónyuges, capitulaciones matrimoniales, obligaciones y derechos de los cónyuges, patria potestad y terminación del matrimonio.

¹¹⁰ El art. 15.2 de la CEDAW dispone: “Los Estados Partes reconocerán a la mujer en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y en los tribunales”.

¹¹¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*, dictamen de 16 de julio de 2010, comunicación N° 18/2008, en <http://www.mpd.gov.ar/pdf/CEDAW%20Vertido%20contra%20Filipinas.pdf>.

parte del Estado filipino, dijo que el derecho a obtener reparación está implícito en el texto de este artículo y, tomando en cuenta que la causa permaneció en primera instancia de 1997 a 2005, señaló que para que la reparación sea efectiva la sentencia sobre un caso de violación debe dictarse de forma justa, rápida y oportuna.¹¹²

Asimismo, el Comité recordó que la CEDAW impone obligaciones a todos los órganos estatales y que los Estados Partes pueden ser considerados responsables de las decisiones judiciales que violen las disposiciones de la Convención. Además, puso de relieve que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe ser cauteloso para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general.¹¹³

Finalmente, el Comité reconoció que la autora de la comunicación sufrió daños y perjuicios morales y sociales, en particular debido a la excesiva duración del proceso judicial y por la revictimización que sufrió a causa de los estereotipos y prejuicios de género en que se basó la sentencia,¹¹⁴ y recomendó al Estado Parte una serie de medidas dirigidas a garantizar el acceso a la justicia para las víctimas de violación, las que incluyen la revisión de la definición de violación y la eliminación de requisitos probatorios discriminatorios.

Es decir, la jurisprudencia de la CEDAW resalta la obligación de los Estados Partes de garantizar a las víctimas de delitos sexuales el derecho a la tutela judicial efectiva haciendo énfasis en el acceso a la justicia y el derecho a no ser discriminadas durante la tramitación del proceso penal.

Para reforzar las disposiciones de la CEDAW sobre protección judicial, el 23 de julio de 2015, el Comité CEDAW emitió la *Recomendación General N° 33 sobre el*

¹¹² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, dictamen caso *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*, párr. 8.3., nota anterior.

¹¹³ *Ibid.*, párr. 8.4.

¹¹⁴ *Ibid.*, párr. 8.8

Acceso de las Mujeres a la Justicia,¹¹⁵ en la cual hace importantes puntualizaciones sobre las causas, consecuencias y manifestaciones de la falta de acceso a la justicia por parte de las mujeres. En el área específica del Derecho Penal, el Comité CEDAW recuerda a los Estados Partes que tienen la obligación prevista en los arts. 2 y 15 de la Convención para garantizar que las mujeres accedan a la protección y los recursos ofrecidos a través de la ley penal y que no estén expuestas a la discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o como autoras de hechos delictivos, y les recomienda, entre otras medidas:

- Proceder con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los delitos cometidos contra las mujeres, si fueren perpetrados por agentes estatales o no estatales;

- Adoptar medidas eficaces para proteger a las mujeres contra la victimización secundaria en sus interacciones con las autoridades policiales y judiciales, y considerar el establecimiento de unidades de género especializadas para la aplicación de la ley en las diferentes fases del proceso;

- Utilizar un enfoque confidencial y sensible al género para evitar la estigmatización durante todos los procedimientos legales, incluyendo la victimización secundaria en los casos de violencia, durante el interrogatorio, la recopilación de pruebas y otros procedimientos relacionados con la investigación;

- Examinar las reglas de prueba y su aplicación sobre todo en los casos de violencia contra la mujer, a fin de garantizar que los requisitos probatorios no sean excesivamente restrictivos, inflexibles o influenciados por estereotipos de género;

- Adoptar medidas para garantizar que las mujeres no sean objeto de dilaciones indebidas en las solicitudes de órdenes de protección y que todos los casos de discriminación por razón de género en el Derecho Penal, incluida la violencia, se escuchen de manera oportuna e imparcial;

- Desarrollar protocolos para la policía y los proveedores de atención médica aplicables en la recolección y preservación de evidencia forense en los casos de

¹¹⁵ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General Nº 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia*, en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.

violencia contra la mujer; y capacitar a un número suficiente de personal forense de la policía para llevar a cabo de manera competente las investigaciones penales.¹¹⁶

Sin duda, esta Recomendación General contribuye a aclarar la aplicación de la Convención en relación al acceso a la justicia por parte de las víctimas de delitos sexuales, así como a visibilizar los diferentes obstáculos y limitaciones institucionales, procedimentales, sociales, económicos y culturales discriminatorios que tienen que enfrentar cuando tratan de conseguir justicia; sobre esa base, ofrece a los Estados Partes un conjunto de obligaciones de hacer para superar estos obstáculos y limitaciones que les permitan garantizar a las víctimas de delitos sexuales el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de sus derechos humanos.

Pasando a otro continente, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*¹¹⁷ (en adelante la Carta), instrumento base del Sistema Africano de Derechos Humanos, surge ante la necesidad de promover y proteger los derechos humanos en el continente africano, persistentemente violados en la década de los 60 y 70 del siglo pasado; eliminar el colonialismo, el neocolonialismo, la segregación racial y el sionismo, así como las bases militares extranjeras y toda forma de discriminación.¹¹⁸

Es el primer instrumento regional de derechos humanos que, por una parte, consagra los derechos de los pueblos y, por otra, reconoce tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales; concretando en un solo instrumento la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Así lo destacan los Estados africanos firmantes de la Carta al reconocer que “es esencial prestar atención al derecho al desarrollo” y “que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en

¹¹⁶ *Ibíd.*, párrs. 47-51.

¹¹⁷ La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida también como Carta de Banjul en alusión al lugar en que se debatió el Anteproyecto de Carta, fue aprobada el 27 de junio de 1981 por la XVIII Asamblea de Jefes de Estado Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, y entró en vigor el 21 de octubre de 1986, tres meses después de la recepción por parte del secretario general de los instrumentos de ratificación o adhesión de una mayoría simple de los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, conforme lo establece su art. 63.3. El texto completo de este documento está disponible en <http://www.achpr.org/instruments/achpr/>. Cabe indicar que La Organización para la Unidad Africana fue reemplazada el 9 de julio del 2002 por la Unión Africana, constituida el 11 de julio del 2000, en Lomé-Togo, organización que agrupa a 53 países del continente africano con miras a su desarrollo e integración. Acta constitutiva disponible en http://au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf.

¹¹⁸ *Ibíd.*, Preámbulo, considerando sexto.

su concepción y en su universalidad”, por cuanto “la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”.¹¹⁹ Otra nota característica de este instrumento es que, a más de los derechos antes referidos, establece deberes individuales.

Cabe anotar que, a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el desarrollo de los derechos civiles y políticos la Carta no se hace ninguna referencia al derecho a la intimidad, no condena la pena de muerte y nada dice respecto de ella, nada dice tampoco sobre la prohibición del trabajo forzado; aspectos éstos que, fundamentalmente en el contexto africano, merecen un posicionamiento claro.

Entre los derechos civiles y políticos reconocidos por la Carta consta el derecho de las personas *a que su caso sea visto por los órganos de administración de justicia* (art. 7), según el cual:

Artículo 7

1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

- a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes;
- b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia;
- c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección;
- d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial.

2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al trasgresor.

¹¹⁹ *Ibíd.*, Preámbulo, considerando quinto.

Al examinar el texto de la citada disposición se evidencia una escasa regulación del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los otros instrumentos analizados. Con todo, esta disposición establece el derecho de las personas a que los órganos de administración de justicia vean su caso o que su caso sea “visto” por éstos; evidenciándose que en este punto la Carta Africana se separa de la línea seguida por los otros instrumentos analizados los que utilizan la expresión ser “oída” (en relación a la persona o a la causa). En ese sentido parecería que la Carta Africana hace reminiscencia al derecho escrito, probablemente por la herencia del derecho romano-holandés con incidencia en la mayoría de sistemas jurídicos del continente africano, entre ellos el sudafricano.¹²⁰

Este derecho implica, al tenor de la Carta: el derecho de apelación o doble instancia; la presunción de inocencia; el derecho a la defensa; y el derecho a ser juzgado sin dilaciones y de forma imparcial; a lo cual se añade la legalidad de la infracción y de la pena, y la imposición de la pena al infractor y sólo a él, mas no a su familia o comunidad. La incorporación de este último punto lleva a reflexionar que, si bien en el Derecho Penal moderno, la individualidad de las penas es un requisito de legitimidad que se asume incorporado a la política criminal, en la historia africana, signada por la oprobiosa esclavitud, seguramente se hacía necesario establecerlo a título de garantía procesal. A más de estos puntos no se evidencia ninguna otra novedad en la citada disposición.

No obstante, lo que sí queda claro es que el derecho a la tutela judicial efectiva que establece la Carta ha sido redactado pensando en los infractores penales más no en las víctimas de las infracciones penales.

Ante la escasa regulación de este derecho, reconociendo que es “necesario formular y establecer principios y reglas para fortalecer y complementar las disposiciones relativas a un juicio justo” consagradas en el art. 7 de la Carta y “para reflejar las normas internacionales”, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la Comisión), órgano creado por la Carta para promover y

¹²⁰ Guillermo Margadant, *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos con sus antecedentes*, México D.F., UNAM, 2ª ed., 1997, pp. 206-215.

proteger en África los derechos humanos y de los pueblos,¹²¹ adoptó el 24 de octubre de 2011 los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*¹²² (en adelante los Principios y Directrices), e insta para que sean de conocimiento general en toda África y que los Estados Partes en la Carta los respeten e incorporen en sus respectivas legislaciones nacionales.

Los Principios y Directrices norman diversos aspectos de los procedimientos a cumplirse en los juicios penales. Están estructurados bajo los siguientes títulos que dan cuenta de su amplio ámbito normativo: - Principios generales aplicables a todos los procedimientos legales; - Capacitación judicial; - Derecho a la tutela judicial efectiva; - Acceso público a los registros judiciales; - Legitimación; - Función de los fiscales; - Acceso a abogados y servicios legales; - Ayuda legal y asistencia legal; - Independencia de los abogados; - Colaboración entre profesionales del derecho; - El acceso a los servicios judiciales; - Derecho de los civiles a no ser juzgados por tribunales militares; - Disposiciones aplicables al arresto y detención; - Disposiciones aplicables a los procedimientos relacionados con cargos penales; - Niños y el derecho a un juicio justo; - Víctimas de delitos y del abuso de poder; - Tribunales tradicionales; - Cláusula no derogatoria; - Uso de términos.

En el acápite denominado “Derecho a la tutela judicial efectiva”,¹²³ los Principios y Directrices establecen que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes contra actos que violen los derechos reconocidos por la Constitución, la ley o la Carta, a pesar de que los actos fueron cometidos por personas en su capacidad oficial”; y, agrega, que el derecho a un recurso efectivo incluye: *el acceso a la justicia*; la reparación por el daño sufrido; y, el acceso a la información fáctica sobre las violaciones.

Es decir, los Principios y Directrices equiparan el derecho a la tutela judicial efectiva con el derecho a un recurso efectivo; derecho este último que la Carta no establece en su catálogo de derechos, aunque, como se sabe, sí lo consagra la

¹²¹ La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se estableció en 1986 con la entrada en vigor de la Carta y entró en funcionamiento desde el 2 de noviembre de 1987. Información disponible en <http://www.achpr.org/about/>.

¹²² Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África, en <http://www.achpr.org/instruments/fair-trial/>.

¹²³ Principios y Directrices, acápite C, literales a. y b.

Declaración Universal de Derechos Humanos y los otros instrumentos internacionales analizados en líneas *supra*. Con lo cual los Principios y Directrices refuerzan la tutela judicial efectiva, siendo obligación de los Estados africanos garantizar a toda persona, cuyos derechos han sido violados, un recurso efectivo ante una instancia judicial competente así como a cumplir con lo que se resuelva o disponga dentro del recurso.¹²⁴

En cuanto al *acceso a la justicia*, estos Principios y Directrices establecen como uno de los principios esenciales de un juicio justo “la igualdad de acceso de hombres y mujeres a los órganos judiciales y la igualdad ante la ley en cualquier procedimiento legal”;¹²⁵ además, incorporan un acápite específico sobre “El acceso a los servicios judiciales”, en el cual se dispone que los Estados deben velar porque los órganos judiciales sean accesibles a todas las personas dentro de su territorio y jurisdicción, sin distinción o discriminación alguna por motivos de “raza, color, discapacidad, origen étnico, sexo, género, idioma, religión, opiniones políticas o de otro tipo índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, situación económica u otra”; y que deben adoptar medidas especiales para garantizar que las comunidades rurales y las mujeres tengan acceso a los servicios judiciales, por lo que la policía y los funcionarios judiciales deben recibir formación adecuada para tratar con sensibilidad y profesionalismo las necesidades y exigencias especiales de las mujeres. De igual forma los Estados deben velar porque el acceso a los servicios judiciales no se vea impedido por la distancia o la ubicación de las instituciones judiciales, la falta de información sobre el sistema judicial, la imposición de tasas judiciales inasequibles o excesivas y la falta de ayuda para comprender los procedimientos y completar las formalidades.¹²⁶

En relación a las víctimas, merece especial referencia el acápite titulado “Víctimas de delitos y del abuso del poder”,¹²⁷ que regula bastante bien lo relacionado con los derechos de las víctimas de delitos dentro del proceso y recoge los postulados contenidos en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (de la cual adopta la definición de víctima, conforme al apartado de “Uso de términos”) y los *Principios y Directrices básicos sobre*

¹²⁴ Principios y Directrices, acápite C, literal c.

¹²⁵ Principios y Directrices, acápite A, numeral 2, literal c.

¹²⁶ Principios y Directrices, acápite K.

¹²⁷ Principios y Directrices, acápite P.

el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones de las Naciones Unidas, instrumentos internacionales que serán objeto de análisis en el capítulo II.

Sobre esta base, los Principios y Directrices fijan como punto de partida que las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad, y que tienen derecho a acceder a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación por el daño que han sufrido, según lo dispuesto por la legislación nacional y el derecho internacional.

Respecto a las *víctimas de delitos sexuales*, señalan específicamente que los Estados: - deben garantizar que las mujeres que son víctimas de la delincuencia, especialmente de naturaleza sexual, sean entrevistadas por mujeres policías o funcionarios judiciales;¹²⁸ - deben adoptar medidas para garantizar que las mujeres denunciantes, víctimas o testigos no están sujetos a ningún tipo de tratamiento cruel, inhumano o degradante;¹²⁹ - deben investigar y sancionar todas las denuncias de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, ya se trate de actos perpetrados por el Estado, sus funcionarios o agentes o por particulares.¹³⁰ Además, los Principios y Directrices remarcan que deben establecerse procedimientos y mecanismos justos, eficaces y accesibles a las mujeres que han sido víctimas de violencia para que puedan presentar denuncias penales y obtener una compensación por la violencia sufrida, obtener la restitución o la reparación y para evitar más violencia.¹³¹

Los Principios y Directrices también regulan los derechos y garantías de los procesados, algunos de los cuales están referidos en el art. 7 de la Carta Africana, los que serán analizados en el título relacionado con el debido proceso.

En suma, los Principios y Directrices recogen los postulados que sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, la correcta administración de justicia y los derechos de los

¹²⁸ Principios y Directrices, acápite P, literal b.

¹²⁹ *Ibid.*, literal c.

¹³⁰ Estas disposiciones están en concordancia con las del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo) adoptado el 11 de julio de 2003 y en vigor desde el 25 de noviembre de 2005; el cual garantiza, entre otros derechos, la libertad e integridad sexual y reproductiva de las mujeres. Documento disponible en <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/>.

¹³¹ Principios y Directrices, acápite P, literal e.

acusados de infracciones penales y de las víctimas de infracciones penales contienen normas internacionales; lo cual lo convierte en un documento de *soft law* clave en la administración de justicia africana. Habría que ver hasta qué punto los Estados africanos cumplen o están dispuestos a cumplir estos Principios y Directrices, habida cuenta que proviene de un *soft law* y de que, lastimosamente, la historia no evidencia en dichos Estados una tradición de respeto de los derechos humanos,¹³² muy por el contrario, “Africa bate tristemente el récord de violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales [...]”.¹³³

Volviendo al contenido de la Carta y a su efectividad, es preciso señalar, conforme se anticipó en líneas anteriores, que para proteger y promover la amplia gama de derechos humanos y de los pueblos que consagra, la Carta crea la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, órgano que tiene entre sus funciones más relevantes: investigar los problemas africanos en materia de derechos humanos y de los pueblos y, en su caso, dar opiniones o hacer recomendaciones a los gobiernos; formular y establecer principios y normas destinados a resolver problemas legales relativos a los derechos humanos y de los pueblos y a las libertades fundamentales en los cuales los gobiernos africanos puedan basar sus legislaciones; e, interpretar las disposiciones de la Carta, todo esto conforme el mandato de los arts. 30 y 45 de la Carta. Es decir, se trata de un órgano técnico y con escasas competencias, siendo la principal: investigar y emitir recomendaciones pero sin ningún carácter vinculante u obligatorio, pues carece de facultades judiciales. En definitiva, la Carta establece un débil mecanismo de protección de los derechos que consagra.

Frente a estas limitaciones de la Comisión,¹³⁴ y ante la necesidad de contar con un órgano judicial que protegiera los derechos humanos en el continente africano, el 10

¹³² Kabunda Badi subraya que, “siendo muchos Estados africanos Estados de no Derecho, los derechos humanos tal y como están definidos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, son muy poco aplicados y escasamente respetados, sobre todo por los que los han definido y elaborado”. Mbuyi Kabunda Badi, *op. cit.*, p. 289.

¹³³ *Ibid.*, p. 350.

¹³⁴ Limitaciones agravadas por la politización y poca efectividad de la Comisión que, en su momento, fueron objeto de algunos cuestionamientos. Al respecto, Kabunda Badi señala que la dependencia política, financiera y logística de la Comisión con respecto a la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, “le ha quitado cualquier forma de credibilidad y de operatividad, razón ésta que explica que las ONGs de derechos humanos, tales como Amnistía Internacional, Africa Watch o la ligas nacionales o las

de junio de 1998, los Estados de la Organización para la Unidad Africana adoptaron el *Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*¹³⁵ (en adelante el Protocolo), que entró en vigor el 25 de enero de 2004. El Protocolo crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la CADHP) con jurisdicción para conocer de las controversias y conflictos que se le presentan sobre la interpretación y la aplicación de la Carta, el propio Protocolo y cualquier otro instrumento de derechos humanos ratificado por los Estados Partes; además, tiene competencia consultiva sobre cualquier cuestión jurídica relativa a derechos humanos que los Estados de la Organización para la Unidad Africana pongan en su conocimiento. Asimismo, la CADHP está llamada a complementar el mandato de protección de la Comisión, organismo que no desaparece.¹³⁶

De conformidad con el art. 5 del Protocolo, la CADHP tiene competencia para conocer los casos que le presenten: la Comisión, los Estados Partes en el Protocolo y las organizaciones intergubernamentales africanas. Las organizaciones no gubernamentales con estatus de observador ante la Comisión o los individuos pueden presentar solicitudes ante la CADHP contra un Estado Parte siempre que dicho Estado hiciera una declaración previa otorgándoles ese derecho.¹³⁷ La admisibilidad de este último tipo de denuncias podrá ser considerada por la Comisión, a petición de la CADHP.

Es decir, las víctimas de violaciones de derechos humanos no pueden presentar sus denuncias directamente ante la CADHP; sin embargo, en virtud el art. 56 de la Carta, sí lo pueden hacer ante la Comisión, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en el citado artículo, entre ellos: haber agotado los recursos locales, si es que existen, “a no ser que resulte obvio que tal proceso sería demasiado

asociaciones independientes de defensa de derechos humanos le han hecho la sombra en la denuncia de las violaciones de derechos humanos en el continente donde los derechos de los Estados priman sobre los de los ciudadanos y de los pueblos”. Mbuyi Kabunda Badi, *op. cit.*, p. 299-300.

¹³⁵ Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/>.

¹³⁶ *Ibid.*, arts. 1-4.

¹³⁷ En marzo de 2013 solo 6 países habían formulado esa declaración, ellos son: Burkina Faso, Ghana, Malawi, Malí, Rwanda y Tanzania, conforme lo certifica la CADHP. Información disponible en <http://www.african-court.org/en/index.php/about-the-court/brief-history>.

largo”. La Comisión, a su vez, de considerarlo necesario, podrá someter este caso ante la CADHP, en virtud de la facultad que le concede el art. 5 del Protocolo.

La CADHP comenzó a funcionar oficialmente en noviembre de 2006; desde esa fecha hasta el 2008 se ocupó principalmente de cuestiones operativas y administrativas. Su primera sentencia la emitió en 2009, y en junio de 2010 culminó el proceso de aprobación de sus reglamentos.¹³⁸ Aún se espera ver resultados concretos de su accionar.

Cabe indicar que el 1 de julio de 2008, los Jefes de Estado y de Gobierno de la, ahora, Unión Africana firmaron el *Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de África*,¹³⁹ mediante el cual se fusionan la CADHP y la Corte de Justicia de la Unión Africana, esta última todavía inexistente aunque creada en el 2002 mediante el Acta Constitutiva de la Unión Africana. A través de esta fusión se crea una corte única llamada “Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos”. Posteriormente, el 27 de junio de 2014, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana reunidos en Malabo, Guinea Ecuatorial, aprobaron el *Protocolo sobre Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de África o Protocolo de Malabo*¹⁴⁰ mediante el cual se extiende la jurisdicción de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos al conocimiento de delitos de derecho internacional (art. 3.1) y se otorga inmunidad a los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana para el juzgamiento durante su mandato (art. 46 A bis), en un intento de contrarrestar el poder de la Corte Penal Internacional en África, lo cual supondría el abandono de las víctimas de esos delitos en dicho continente. Estos protocolos aún no entran en vigor por cuanto no se completa el número de 15 ratificaciones requeridas para el efecto;¹⁴¹ mientras esto no ocurra la CADHP seguirá

¹³⁸ Información oficial disponible en <http://www.african-court.org/en/index.php/about-the-court/brief-history>.

¹³⁹ Documento completo disponible en <https://au.int/en/treaties/protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>.

¹⁴⁰ El texto del Protocolo de Malabo está disponible en <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>.

¹⁴¹ Al 15 de junio de 2017, seis países habían ratificado el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y ninguno había ratificado el Protocolo de Malabo. Información disponible en <https://au.int/sites/default/files/treaties/7792-sl-protocol-on-the-statute-of-the-african-court-of-justice-and-human-rights.pdf> y en <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>.

funcionando como el único órgano supranacional de administración de justicia en materia de derechos humanos en el continente africano.

Así las cosas, si no existe la buena fe y la voluntad política de los miembros de la Unión Africana para proteger judicialmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos en ese continente, el trabajo que haga cualquier órgano judicial para salvaguardar los mismos quedará solamente en buenas intenciones.

En suma, según la normativa y la jurisprudencia internacional analizada, el derecho a ser oído, en sentido amplio, garantiza la participación del imputado o procesado y de la víctima dentro del proceso penal. Siendo la Corte IDH la instancia que mejor explica el contenido de este derecho, equiparándolo con el derecho de toda persona de acceder a la justicia o de recurrir ante órganos jurisdiccionales del Estado, determinados por la Ley, para obtener la protección de sus derechos o hacer valer cualquier otra pretensión. Lo cual implica que los Estados no deben poner trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados; en consecuencia, cualquier medida estatal que dificulte de alguna manera el acceso de las personas a la justicia, debe entenderse como contraria al derecho de toda persona a ser oída.

1.3. El debido proceso

Es un derecho constituido por determinadas condiciones que deben cumplirse en un proceso para asegurar la adecuada defensa de las personas cuyos derechos u obligaciones son examinados dentro de éste.

Al discurrir sobre la evolución del concepto de debido proceso (desde la Carta Magna Inglesa de 1215 pasando por las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América), Gozáni afirma que “con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto de debido proceso. De un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales”, de manera que el

proceso pasó a convertirse en “una garantía esencial para los derechos humanos”.¹⁴² Esta modificación que sufre el concepto se da -agrega- “en el *ethos* dominado por los deberes, antes que por las exigencias individuales o propias del derecho subjetivo. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo”. Sobre esta base, Gozaíni define al debido proceso como “el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio”.¹⁴³

Para Madrid-Malo Garizábal “Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material”.¹⁴⁴

Bandrés Sánchez-Cruzat enuncia que el debido proceso “constituye el derecho que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo”, derecho que -acota- se agrupa y desdobla “en un haz de derechos filiales reconocidos a la vez todos ellos como derechos fundamentales [...]”.¹⁴⁵

Según Hoyos, el debido proceso “es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso -legalmente establecido y que se desarrolle sin razones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”.¹⁴⁶

¹⁴² Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El debido proceso*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 25-26.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 28-29.

¹⁴⁴ Mario Madrid-Malo Garizábal, *Derechos Fundamentales*, Bogotá, 3R editores, 2ª ed., 1997, p. 146.

¹⁴⁵ José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, p. 101.

¹⁴⁶ Arturo Hoyos, *El debido proceso*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p. 54.

En el ámbito penal, Zavala Baquerizo entiende por debido proceso “el que se inicia, se desarrolla, y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el derecho procesal penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de la justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho”.¹⁴⁷

Saavedra Rojas, concibe por debido proceso “las autolimitaciones constitucionales y legales que el Estado se impone a sí mismo, para racionalizar dentro de los marcos infranqueables de la dignidad humana, el ejercicio del jus puniendi, que se logra con el establecimiento de una serie de garantías mínimas, que son el escudo protector del ciudadano frente a la arbitrariedad o a la omnipotencia del Estado”.¹⁴⁸

A criterio de Velásquez Velásquez, el debido proceso “es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegura la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones conforme a derecho. Desde ese punto de vista, entonces, el debido proceso es el axioma madre o generatriz del cual dimanen todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal [...]”.¹⁴⁹

Para la Corte IDH, el debido proceso legal “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial”;¹⁵⁰ puntualizando que “el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia” y “a ese fin

¹⁴⁷ Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*, Guayaquil, EDINO, 2002, p. 23.

¹⁴⁸ Edgar Saavedra Rojas, *Constitución, derechos humanos y proceso penal, Las normas rectoras del proceso penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, tomo I, 1995, p. 61.

¹⁴⁹ Fernando Velásquez Velásquez, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Monografías Jurídicas No. 57, Bogotá, Temis, 1987, p. 7.

¹⁵⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), emitida el 6 de octubre de 1987, párr. 28, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf.

atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”.¹⁵¹

Es decir, el debido proceso constituye el marco de protección de los derechos humanos de quienes acceden a la justicia para defender sus derechos de cualquier acto que pueda afectarlos; en ese sentido es un límite a la actividad estatal, puesto que, tal como lo ha declarado la Corte IDH “[...] por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.¹⁵² De ahí que, el Estado tiene la obligación de reconocer un conjunto de derechos y garantías institucionales que permitan a toda persona el ejercicio del debido proceso. Los instrumentos internacionales estudiados establecen para tal efecto los derechos y garantías que a continuación se analizan.

1.3.1. Derecho a un juez o tribunal competente, independiente e imparcial

¿Por quién será oída la persona? En consonancia con el art. 10 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, “por un tribunal independiente e imparcial”, el que determinará sus derechos y obligaciones o examinará cualquier acusación contra ella en materia penal; lo cual implica un análisis minucioso así como un pronunciamiento serio y de calidad de tales derechos, obligaciones o acusación penal, por parte de juezas y jueces independientes e imparciales. Es decir, no se trata tan sólo de reconocer la libertad de la persona para acudir o comparecer ante un juez, jueza o tribunal sino que se le garantice la efectiva tutela judicial de sus derechos durante todo el tiempo que dure la sustanciación de tal acción, a través de las actuaciones de estos funcionarios o funcionarias.

Por tanto, este derecho tiene como contrapartida el deber positivo del Estado de poner a disposición de toda persona un servicio de administración de justicia eficaz, el

¹⁵¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, emitida el 1 de octubre de 1999, párr. 117, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.

¹⁵² Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 204.

que deberá, para el efecto, ajustarse a ciertas reglas tanto en su constitución como en su funcionamiento.

En cuanto a su *constitución*, se tendrá en cuenta los aspectos materiales y logísticos necesarios para poner en marcha el servicio judicial así como los requisitos legales que las personas operadoras de dicho servicio deberán cumplir para formar parte de él, en los diferentes niveles de responsabilidad. Respecto a las reglas de *funcionamiento*, la propia Declaración ha señalado la independencia e imparcialidad judicial como un requisito fundamental; esto es así en la medida de *garantizar* que los jueces y juezas actúen libres de la injerencia de los demás poderes del Estado, en donde se concentra el poder político, y además porque la división de poderes y su consiguiente independencia es fundamento de todo Estado de Derecho,¹⁵³ que es el tipo de Estado que propugna la Declaración. El funcionamiento también debe garantizar el cumplimiento de las normas del debido proceso, la celeridad y la eficacia procesal, como mecanismos para asegurar la tutela judicial efectiva.

Interpretando las nociones de independencia e imparcialidad contenidas en el Art. 6 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en la sentencia del caso *Demicoli vs. Malta*,¹⁵⁴ el TEDH sostuvo que un “tribunal” se caracteriza, en el sentido material del término, por su función jurisdiccional, es decir: la determinación de los asuntos de su competencia, sobre la base de normas de derecho y por los procesos llevados a cabo de una manera prescrita; también debe reunir una serie de requisitos adicionales: independencia -en particular del poder ejecutivo-, imparcialidad y duración del mandato de sus miembros; garantías del procedimiento varias de las cuales figuran en el texto del art. 6.1.¹⁵⁵ Para determinar si el requisito de “imparcialidad” se respetó debidamente en este caso, al igual que en otros puestos en su conocimiento,¹⁵⁶ el TEDH considera hacerlo de acuerdo

¹⁵³ Ya en 1789, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, art. XVI, señalaba: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”.

¹⁵⁴ HUDOC, caso *Demicoli vs. Malta*, sentencia de 27 de agosto de 1991, demanda N° 13057/1987, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"Demicoli\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\"\],\"CHAMBER\":\[\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57682\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 39.

¹⁵⁶ Véase por ejemplo, la sentencia del caso *Kizilöz vs. Turquía*, de 25 de septiembre de 2001, demanda No. 32962/1996, párr. 31, en

con una prueba subjetiva, es decir, sobre la base de la convicción personal o interés de un juez en particular en un caso dado, y de acuerdo con una prueba objetiva, es decir, determinar si el juez ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima al respecto, contexto en el cual, incluso, las apariencias pueden revestir cierta importancia, sobre todo en lo que se refiere a los procedimientos penales.¹⁵⁷ Además, el TEDH acota que los conceptos de independencia e imparcialidad objetiva están estrechamente vinculados.¹⁵⁸

Concretamente en cuanto al requisito de “independencia”, en los casos *Thaler vs. Austria*¹⁵⁹ y *Kizilöz vs. Turquía*,¹⁶⁰ el TEDH recuerda que, a fin de establecer si un tribunal puede ser considerado independiente en el sentido del art. 6.1 del Convenio deben tomarse en consideración, entre otros aspectos, la forma de designación de sus miembros, la duración del cargo, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si dicho tribunal tiene una apariencia de independencia. En ese sentido, en el caso *Hortolomei vs. Austria*,¹⁶¹ el TEDH considera que el hecho de que los miembros no judiciales de una Comisión Regional de Apelaciones hayan sido designados por órganos a los que estaban estrechamente vinculados y que previamente habían adoptado las directrices impugnadas por el demandante, puede dar lugar a dudas legítimas en éste respecto a la imparcialidad e independencia de dichos miembros, esto es, temer que tales miembros tengan un interés común en su contra y que, por tanto, el equilibrio de intereses era susceptible de ser alterado en su caso.¹⁶²

En cuanto al alcance de estas expresiones, en la Observación General N° 32, sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia* previsto en el art. 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Kizilöz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-59670"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{), párr. 38.

¹⁵⁷ *Caso Demicoli vs. Malta*, *supra* nota 154, párr. 40.

¹⁵⁸ HUDOC, caso *Thaler vs. Austria*, sentencia de 3 de febrero de 2005, demanda N° 58141/2000, párr. 30, último inciso, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Thaler"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-68166"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 30, primer inciso.

¹⁶⁰ Sentencia caso *Kizilöz vs. Turquía*, *supra* nota 156, párr. 37.

¹⁶¹ HUDOC, caso *Hortolomei vs. Austria*, sentencia de 16 de abril de 1998, demanda N° 17291/1990, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["17291/90"\],"itemid":\["001-46101"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

¹⁶² *Ibid.*, párr. 46. En el mismo sentido véase la sentencia del caso *Thaler vs. Austria*, *supra* nota 158, párr. 33.

CDH señala¹⁶³ que “el requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna”. Precizando que la noción de “*tribunal*” se refiere a un órgano, cualquiera sea su denominación, creado por ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial.

El requisito de la *independencia* hace referencia, en particular, al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y legislativo. Los Estados - anota el CDH- deben adoptar medidas concretas que garanticen la independencia del poder judicial, y proteger a los jueces de toda forma de influencia política en la adopción de decisiones así como contra los conflictos de intereses y la intimidación. Toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente.

El requisito de *imparcialidad* tiene dos aspectos, según el CDH: en primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra; en segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Un importante aspecto de la imparcialidad de un juicio es su carácter expeditivo; las dilaciones indebidas en los procedimientos penales y las demoras en los procedimientos civiles que no pueden justificarse por la complejidad del caso o el comportamiento de las partes no son compatibles con el principio de un juicio imparcial consagrado en el párrafo 1 del art. 14 del Pacto. Cuando dichas demoras son ocasionadas por la falta de recursos y la deficiencia crónica de financiación, deberán

¹⁶³ CDH, Observación General N° 32, párrs. 18-24.

asignarse, en la medida de lo posible, recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia.

Las disposiciones del art. 14 -puntualiza el CDH- se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de ese artículo, sean ordinarios o especializados, civiles o militares. El enjuiciamiento de civiles por tribunales militares debe ser excepcional, es decir, limitarse a los casos en que el Estado Parte pueda demostrar que el recurso a dichos tribunales es necesario y está justificado por motivos objetivos y serios, y que, por la categoría específica de los individuos y las infracciones de que se trata, los tribunales civiles no están en condiciones de llevar adelante esos procesos.

Los tribunales especiales de "jueces sin rostro", integrados por jueces anónimos, aun cuando la identidad y la condición de tales jueces hayan sido verificadas por una autoridad independiente, "suelen adolecer de algunos problemas que violentan los derechos y garantías que consagra el art. 14 del Pacto". Los tribunales con o sin "jueces sin rostro", en circunstancias como éstas, no satisfacen las normas fundamentales de un juicio con las debidas garantías ni, en particular, el requisito de que el tribunal debe ser independiente e imparcial.

Asimismo, el CDH señala que el art. 14 es también pertinente en los casos en que un Estado, en su ordenamiento jurídico, reconoce tribunales basados en el derecho consuetudinario o tribunales religiosos y les confía tareas judiciales. Sin embargo, debe velarse por que tales tribunales no estén facultados para dictar fallos vinculantes reconocibles por el Estado, a menos que se satisfagan los siguientes requisitos: - que los procedimientos ante dichos tribunales se limiten a asuntos civiles y penales menores; - que reúnan los requisitos básicos de un juicio imparcial y otras garantías pertinentes del Pacto; y, - que sus fallos sean validados por tribunales estatales y puedan ser recurridos por las partes interesadas en un proceso que cumpla lo dispuesto en el art. 14 del Pacto. Estos principios son válidos independientemente de la obligación general del Estado de proteger los derechos enunciados en el Pacto respecto de toda persona afectada por los procedimientos de los tribunales consuetudinarios y religiosos, a los que se les confía tareas judiciales, concluye el CDH.

En relación al alcance de las nociones que contiene la expresión “juez o tribunal competente, independiente e imparcial” del art. 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, uno de los aspectos analizados por la Corte IDH en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*¹⁶⁴ fue el relacionado con la *competencia del tribunal*. En dicho análisis la Corte estableció que, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo, y que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”. Por lo cual, la Corte IDH considera que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.¹⁶⁵

En ese sentido, en el caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*¹⁶⁶ la Corte IDH señaló que el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, “supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”, puesto que “la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter”, siendo así, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.¹⁶⁷ Además, la Corte IDH estableció que el hecho de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, “determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y,

¹⁶⁴ Corte IDH, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 71.

¹⁶⁶ Corte IDH, caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 128.

por ende, valorar su competencia”. Lo cual -agregó- se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de tales jueces.¹⁶⁸

La *independencia de los jueces* fue analizada por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*¹⁶⁹ en el cual recordó que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces, cuyo objetivo radica en evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”. Además -acotó- que esta garantía “abarca la garantía contra presiones externas, de tal forma que el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan”.¹⁷⁰ En el citado caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la Corte IDH fue un poco más allá y, haciendo suyo el criterio de la Corte Europea, desarrollado en varios fallos, señaló que “la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”.¹⁷¹

Al examinar la *imparcialidad judicial*, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*¹⁷² la Corte IDH, remitiéndose a su jurisprudencia precedente, estimó que en dicho caso “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”.¹⁷³ Adicionalmente, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH invocó que “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de

¹⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 133.

¹⁶⁹ Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 186.

¹⁷¹ Corte IDH, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, *supra* nota 164, párr. 75.

¹⁷² Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.

¹⁷³ *Ibíd.*, párr. 114.

índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”. Añade la Corte IDH, que “la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario”, como por ejemplo la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes, mientras que “la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”. Es decir, “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho”.¹⁷⁴

En definitiva, el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales ordinarios competentes, independientes e imparciales, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete a análisis, es, a la vez que derecho individual, un principio procesal básico reconocido por la Convención Americana.

En cuanto al alcance de la parte final del numeral 1 del art. 8, esto es, que las garantías antes anotadas son aplicables “*en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter,*” en el caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*¹⁷⁵ la Corte IDH dijo que, de acuerdo a lo dispuesto en la Convención Americana, “en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar ‘las debidas garantías’ que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional”.¹⁷⁶ Además, puntualizó que el artículo 8.1 no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales y que las garantías que establece esta norma “deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el

¹⁷⁴ Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra* nota 169, párr. 189.

¹⁷⁵ Corte IDH, caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, sentencia de 13 de octubre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 117.

Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”.¹⁷⁷ Avalando dicho criterio, el juez Diego García-Sayán, en su voto concurrente en relación a esta sentencia aclaró que “Lo que la Corte ha reafirmado en su jurisprudencia constante -y que reafirma en esta Sentencia- es que la persona debe contar con las garantías adecuadas para actuar y defender sus intereses legítimos frente al poder público, con condiciones adecuadas de legalidad y racionalidad, en procesos en los que se definan sus derechos”,¹⁷⁸ lo cual tiene pleno sentido y coherencia por cuanto “en las sociedades es creciente el ámbito de competencias para la determinación de derechos y obligaciones por instancias no judiciales”. De ahí que sea evidente que, “un creciente tipo de ‘derechos y obligaciones’ son determinados en espacios extrajudiciales, llámense estos administrativos, regulatorios o extrajudiciales. Desde asuntos que se podrían calificar de “tradicionales” (como los tributarios, por ejemplo) hasta muchos otros de hondas repercusiones patrimoniales que se enmarcan dentro de las amplias y muy diversas actividades de regulación asignadas a entidades que no son judiciales en el Estado moderno, como lo son también, por ejemplo, las instancias arbitrales”.¹⁷⁹

Es decir, las garantías del debido proceso legal establecidas en el art. 8.1 de la Convención Americana son aplicables a todas las materias en donde se determinan derechos y obligaciones de las personas y “en todas las etapas de los respectivos procesos”, y no solamente a la materia penal.

Por su parte, los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África* que, como se indicó, fueron adoptados en 2011 por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para fortalecer y complementar las disposiciones del art. 7 de la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**, determinan que los principios generales aplicables a todos los procedimientos legales son: juicio justo; juicio público; tribunal independiente; y, tribunal imparcial. Es decir, amplían el alcance del contenido del art. 7 de la Carta

¹⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 118.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 10.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 12.

Africana que tan sólo hace referencia al derecho de las personas a ser juzgadas por un “tribunal imparcial”.

En el apartado titulado *tribunal independiente*¹⁸⁰ se regula lo relacionado con la constitución, organización y funcionamiento de la función judicial, enfatizando en que “todos los organismos judiciales son independientes del poder ejecutivo” y que “no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni las decisiones de los órganos judiciales estarán sujetas a revisión, excepto a través de la revisión judicial o la mitigación o conmutación de la pena por las autoridades competentes, de conformidad con la ley”, para finalizar estableciendo la obligación de los Estados de “dotar a los órganos judiciales de los recursos adecuados para el desempeño de sus funciones”.

En relación al *tribunal imparcial*¹⁸¹ los Principios y Directrices establecen que “un órgano judicial deberá basar sus decisiones únicamente en elementos objetivos, argumentos y hechos presentados ante él”, y que los funcionarios judiciales resolverán los asuntos puestos en su conocimiento “sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”. Precizando que la imparcialidad de un órgano judicial se vería socavada cuando: - un ex fiscal o representante legal se desempeña como funcionario judicial en un caso que ha perseguido o en que ha representado a una de las partes; - un funcionario judicial participó en secreto en la investigación de un caso; - un funcionario judicial tiene alguna relación con el caso o con una de las partes del caso; - un funcionario judicial se desempeña como miembro de un tribunal de apelación en un caso que decidió o en el que participó en una instancia judicial inferior. En cualquiera de estas circunstancias -puntualizan los Principios y Directrices- un funcionario judicial estaría obligado a renunciar.

1.3.2. Derecho al proceso en un plazo razonable

Sobre la base de lo establecido en el art. 6 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, para determinar el plazo razonable de duración del proceso el TEDH ha establecido en su

¹⁸⁰ Principios y Directrices, acápite A, numeral 4.

¹⁸¹ Principios y Directrices, acápite A, numeral 5.

jurisprudencia que se debe considerar cuatro factores: 1. La complejidad del asunto; 2. El comportamiento o conducta del litigante; 3. El comportamiento de los órganos judiciales; y, 4. Lo que en el litigio arriesga el demandante.

En relación a *la complejidad del asunto*, en el caso *Soto Sánchez vs. España*,¹⁸² por ejemplo, el TEDH consideró que el plazo de cinco años, cinco meses y dieciocho días, transcurrido desde la fecha de presentación del recurso de amparo por parte del demandante ante el Tribunal Constitucional español y la fecha en que dicho Tribunal español dictó sentencia, era excesivo y no respondía a la condición del plazo razonable prevista en el art. 6.1 del Convenio, habiendo en consecuencia violación a dicho artículo.¹⁸³ Ello, no obstante la alegación del gobierno español, en el sentido de que el demandante era uno de los cincuenta y cuatro acusados en un gran proceso conocido en España con el nombre de *operación Nécora*, con un sumario compuesto por 22.000 páginas y que dio a lugar a múltiples recursos de amparo que debieron ser tratados por el Tribunal Constitucional; alegación con la cual pretendía demostrar la extrema complejidad del asunto. El TEDH, sin embargo, constató que el gobierno español se limitó a invocar la complejidad del procedimiento en el fondo, sin aportar ningún elemento concreto que justifica la duración en cuestión; concretamente, no informó acerca de los actos llevados a cabo durante un lapso importante que va del 9 de diciembre de 1997 al 9 de marzo de 2000, además, no reprochó al demandante el haber demorado el procedimiento con su comportamiento.¹⁸⁴ Aún más, el TEDH señaló que, en el presente caso, el demandante, en no menos de tres ocasiones, se dirigió al Tribunal Constitucional con el fin de que su recurso fuese examinado con celeridad; por otro lado, no se desprende del sumario que el Tribunal Constitucional hubiese facilitado la más mínima explicación justificando la duración del examen del recurso.¹⁸⁵

¹⁸² HUDOC, caso *Soto Sánchez vs. España*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, demanda N° 66990/2001, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"itemid\":\[\"001-66024\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 42.

¹⁸⁴ *Ibid.*, párrs. 39-40.

¹⁸⁵ *Ibid.*, párr. 33.

En lo atinente al segundo factor, esto es, *el comportamiento del litigante*, en el caso *Corigliano vs. Italia*,¹⁸⁶ frente a la alegación del gobierno italiano de que el demandante había abusado de su derecho a apelar sobre una cuestión de derecho ante la Corte de Casación, puesto que el resultado de cada uno de estos recursos eran previsibles, y que también había prolongado el procedimiento al negarse a designar un abogado defensor en su trámite ante el Ministerio Público, el TEDH sostuvo, por un lado, que la duración de dichos recursos fue limitada y que no obstaculizaron la investigación preliminar mantenida por el gobierno y, por otro, recordó que el art. 6 del Convenio no requiere que la persona afectada coopere activamente con las autoridades judiciales; por lo que el comportamiento del demandante no contribuyó considerablemente a prolongar el proceso.¹⁸⁷ Cabe indicar que, en el análisis de este factor, el TEDH ha declarado reiteradamente que el solicitante no puede ser culpado por la plena utilización de los recursos puestos a su disposición en la legislación nacional, más aún cuando éstos han sido exitosos.¹⁸⁸

El comportamiento de los órganos judiciales es otro factor a tomar en cuenta para determinar el plazo razonable, y que reiteradamente el TEDH ha señalado en sus sentencias, así por ejemplo en el caso *Bifulco vs. Italia*¹⁸⁹ el TEDH estableció que el retraso de diez días del Tribunal de Vigilancia Penitenciaria al resolver un recurso interpuesto por una persona que se encontraba bajo el régimen de prisión especial, incidió sobre los derechos del detenido y afectó la validez limitada en el tiempo de la decisión recurrida,¹⁹⁰ violándose el derecho del demandante a que su caso sea escuchado

¹⁸⁶ HUDOC, caso *Corigliano vs. Italia*, sentencia de 10 de diciembre de 1982, demanda N° 8304/1978, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Corigliano"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57463"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

¹⁸⁷ *Ibid.*, párrs. 40-43.

¹⁸⁸ En este sentido, véase por ejemplo la sentencia del caso *Erkner y Hofauer vs. Austria*, de 23 de abril de 1987, causa N° 16/1986/114/162, párr. 68, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Erkner"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57482"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

¹⁸⁹ HUDOC, caso *Bifulco vs. Italia*, sentencia de 8 de febrero de 2005, demanda N° 60915/2000, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Bifulco"\],"display":2,"languageisocode":\["FRA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-68184"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

¹⁹⁰ *Ibid.*, párr. 23.

por un Tribunal. En esa línea jurisprudencial, en el caso *Beller vs. Polonia*,¹⁹¹ aunque el TEDH reconoce que el caso era complejo tanto en los hechos como en el derecho, establece que los periodos de inactividad de las autoridades administrativas y el Tribunal Supremo Administrativo repercutieron considerablemente en la duración del procedimiento y por tanto en la violación del art. 6.1.¹⁹² Asimismo, en el caso *Corigliano vs. Italia*,¹⁹³ el TEDH tomando en cuenta que el caso no implicaba una gran complejidad, estableció que de los tres procedimientos seguidos durante el mismo, la investigación preliminar duró cuatro años y siete meses, con ausencia de cualquier medida de investigación durante dos períodos (de trece meses el uno y de catorce meses el otro), estando sujeta dicha etapa a demoras incompatibles con el art. 6.1 del Convenio.¹⁹⁴ Aún más, el TEDH ha venido insistiendo en su jurisprudencia que el art. 6.1 del Convenio impone a los Estados contratantes la obligación de organizar su sistema judicial de tal forma que sus tribunales puedan cumplir cada uno de sus requerimientos, incluyendo la obligación de conocer los casos en un plazo razonable.¹⁹⁵

En cuanto a *lo que en el litigio arriesga el demandante*, como factor para determinar si el proceso respetó el plazo razonable, el TEDH, en el caso *Soto Sánchez vs. España*,¹⁹⁶ también consideró que lo que el demandante arriesgaba en el asunto era importante, toda vez que la pena de cuatro años y dos meses de prisión menor, inicialmente impuesta por la Audiencia Nacional, había sido aumentada a nueve años de prisión mayor por el Tribunal Supremo, pena que cumplía el demandante en el momento de la presentación del recurso; llegando a la conclusión de que, a la luz de los criterios que se desprenden de la jurisprudencia y teniendo en cuenta el conjunto de

¹⁹¹ HUDOC, caso *Beller vs. Polonia*, sentencia de 1 de febrero de 2005, demanda N° 51837/1999, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["51837/99"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-68110"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

¹⁹² *Ibid.*, párr. 70.

¹⁹³ *Caso Corigliano vs. Italia*, *supra* nota 186.

¹⁹⁴ *Ibid.*, párrs. 44-50.

¹⁹⁵ En ese sentido véase, por ejemplo, la sentencia del caso *Kizilöz vs. Turquía*, de 25 de septiembre de 2001, demanda N° 32962/1996, párr. 31, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Kizilöz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-59670"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{); y, la sentencia del caso *Zimmermann y Steiner vs. Suiza*, de 13 de julio de 1983, demanda N° 8737/1979, párr. 29, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Zimmermann"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

¹⁹⁶ *Caso Soto Sánchez vs. España*, *supra* nota 182.

circunstancias del caso, la duración del enjuiciamiento sería excesiva y no respondería a la condición del plazo razonable, por lo que hubo violación del art. 6.1 del Convenio.¹⁹⁷ Analizando este cuarto factor, en el caso *Nunes Violante vs. Portugal*,¹⁹⁸ tras verificar que el procedimiento seguido por el accionante abarcaba nueve años y dos meses a la fecha de expedición de la sentencia del TEDH -ya que seguía pendiente el procedimiento de ejecución en Lisboa- y habida cuenta que dicho procedimiento se inició por el pago de una suma de dinero correspondiente a los fondos de pensiones a que tenía derecho el demandante, en razón de un accidente de trabajo de que fue víctima en su calidad de trabajador ferroviario, el TEDH recuerda que lo que estaba en juego para el demandante se debe tomar en cuenta en ciertos casos, y que en éste, la situación del demandante y el impulso del procedimiento para mejorar esta situación ameritaban una celeridad particular,¹⁹⁹ por lo que dada la circunstancia de la causa se había superado el “plazo razonable” y, en consecuencia, violado el art. 6.1 del Convenio.

Cabe indicar que estos cuatro factores, en el orden señalado, el TEDH los analiza escalonadamente en sus sentencias, lo que se puede apreciar más claramente en las sentencias de los casos *Pélissier y Sassi vs. Francia*, párrs. 71-75²⁰⁰ y *Corigliano vs. Italia*, párrs. 38-50.²⁰¹

Finalmente en lo que respecta a este punto, el TEDH ha establecido que *la duración no razonable del procedimiento se asimila a un funcionamiento anormal de la administración de justicia*.²⁰² Y que, en los procesos civiles, el “plazo razonable” a que se refiere el art. 6.1 normalmente comienza a correr desde el momento en que la acción se inicia ante el “tribunal”, aunque en ciertas circunstancias puede comenzar antes;²⁰³ en cambio, en los procesos penales “el plazo razonable” comienza en el momento en que una persona es “acusada”, lo cual puede ser en una fecha anterior a la presentación del

¹⁹⁷ *Ibid.*, párr. 41-42.

¹⁹⁸ HUDOC, caso *Nunes Violante vs. Portugal*, sentencia de 8 de junio de 1999, demanda N° 33953/1996, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"itemid\":\[\"001-62859\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

¹⁹⁹ *Ibid.*, párr. 31.

²⁰⁰ HUDOC, caso *Pélissier y Sassi vs. Francia*, sentencia de 25 de marzo de 1999, demanda N° 25444/1994, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"languageisocode\":\[\"ENG\"\],\"appno\":\[\"25444/94\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58226\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

²⁰¹ *Caso Corigliano vs. Italia*, *supra* nota 186.

²⁰² *Caso Soto Sánchez vs. España*, *supra* nota 182, párr. 29.

²⁰³ *Caso Erkner y Hofauer vs. Austria*, *supra* nota 188, párr. 64.

caso ante el tribunal de primera instancia, incluyendo la fecha de la detención, de la inculpación o cuando se iniciaron las investigaciones preliminares. Agrega el TEDH que para los efectos del art. 6.1, el término “acusación” puede ser definido como la notificación oficial a una persona, emanada de autoridad competente, de una alegación acerca de que ha cometido un delito.²⁰⁴

Cabe indicar que, a diferencia del art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 6.1 de la Convención puntualiza el carácter exclusivamente civil de los litigios sobre derechos y obligaciones.

Sobre el “principio” de *plazo razonable*, previsto en el art. 8 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** como un elemento de la tutela judicial efectiva, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*²⁰⁵ la Corte IDH ha dicho que éste “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”.²⁰⁶ Además, consideró que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción y que, “particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”.²⁰⁷

En el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*,²⁰⁸ tras señalar que el concepto de plazo razonable no resulta de sencilla definición, la Corte IDH invocó y aplicó los criterios señalados en varios fallos por la Corte Europea de Derechos Humanos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso, a saber: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”.²⁰⁹ Años después, siguiendo la línea jurisprudencial de su similar europea, la Corte IDH añadió a estos tres criterios uno más: la afectación generada en la situación

²⁰⁴ HUDOC, caso *Reinhardt y Slimane-Kaïd vs. Francia*, sentencia de 31 de marzo de 1998, causa Nº 21/1997/805/1008 y 22/1997/806/10009, párr. 93, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Slimane-Kaïd"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58149"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

²⁰⁵ Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

²⁰⁶ *Ibid.*, párr. 70.

²⁰⁷ *Ibid.*, párr. 71.

²⁰⁸ Corte IDH, caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf.

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 77.

jurídica de la persona involucrada en el proceso.²¹⁰ Estos cuatro criterios la Corte IDH los analiza en sus fallos en el orden señalado.

Es decir, para establecer el plazo razonable, siguiendo la línea jurisprudencial del TEDH, la Corte IDH aplica criterios específicos en cada caso concreto, que darán como resultado que la razonabilidad, en función de meses o años, no sea la misma para todos los casos.

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable también está previsto en el Art. 7 de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, disposición normativa que, como se ha indicado, ha sido complementada con los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*, según los cuales, un elemento esencial de un *juicio justo* es el derecho de las personas “a la determinación de sus derechos y obligaciones en un plazo razonable y con la debida notificación y los motivos de las decisiones”,²¹¹ para posteriormente establecer como una disposición aplicable al arresto y detención que “toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada ante un funcionario judicial autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”.²¹² Nada más disponen los Principios y Directrices en relación a este derecho.

1.3.3. Derecho a la publicidad del juicio y de la sentencia

El art. 6 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* no sólo establece la publicidad en relación a la causa en sí misma, como también lo hace el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos tal cual se señaló en el título de acceso a la justicia, sino que lo hace también respecto al *pronunciamiento de la sentencia*; dándole una especial importancia a este derecho.

²¹⁰ En ese sentido véase Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 162 y 174, en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

²¹¹ Principios y Directrices, acápite A, numeral 2, literal i.

²¹² Principios y Directrices, acápite M, numeral 3, literal a.

Así, en la sentencia del caso *Campbell y Fell vs. Reino Unido*,²¹³ que se sustanció por presuntas infracciones a los procedimientos disciplinarios seguidos en contra de dos privados de la libertad por faltas a las reglas penitenciarias de la prisión en donde se encontraban cumpliendo su pena, el TEDH declaró la infracción del art. 6 por cuanto la sentencia no fue pronunciada públicamente, aunque, analizadas las particularidades del caso, justificó que el procedimiento disciplinario seguido contra el demandante Campbell se celebrara a puerta cerrada.

No obstante, la garantía de que la sentencia sea pronunciada públicamente no es absoluta en razón de que el Convenio ha señalado algunos casos o circunstancias en los cuales todo o parte del proceso *será reservado*, a saber:²¹⁴

1. En interés de la moralidad.

El diccionario de la Real Academia Española²¹⁵ define a la “moralidad” como la “Conformidad de una acción o doctrina con los preceptos de la moral” y, a la “moral”, como “Perteneiente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual, y sobretodo, colectiva”, “Conforme con las normas que una persona tiene del bien y el mal”, “Basado en el entendimiento o la conciencia, y no en los sentidos, “Que concierne al fuero interno o al respeto humano, y no al orden jurídico”. Es decir, se trata de definiciones con un fuerte componente subjetivo, de difícil precisión tanto en su significado cuanto en su alcance.

Sin embargo, el Convenio utiliza el término “moral” -específicamente en la expresión “protección de la salud o de la moral”- en los artículos 8, 9, 10 y 11, para señalar a ésta como una de las restricciones a los derechos al respeto de la vida privada y familiar, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de expresión y a la libertad de reunión y de asociación, respectivamente.

²¹³ *Caso Campbell y Fell vs. Reino Unido*, sentencia de 28 de junio de 1984, demandas Nos. 7819/77; 7878/77, párr. 92, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"languageisocode\":\[\"ENG\"\],\"appno\":\[\"7819/77\", \"7878/77\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57456\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

²¹⁴ Son escasos los pronunciamientos del TEDH sobre estas restricciones, incluso no ha llegado a pronunciarse respecto a algunas de ellas.

²¹⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2014, 23ª ed., en <http://dle.rae.es/>.

Según Pérez Triviño,²¹⁶ la expresión “protección de la moral” forma parte del conjunto de “conceptos jurídicos indeterminados” que aparecen en el Convenio, pues sus redactores no ofrecieron ningún tipo de explicación de su significado, y el TEDH tampoco ha sabido (o querido) definirla con exactitud en las pocas sentencias donde ha abordado su discusión.²¹⁷

Para tratar de entender el alcance de la expresión “en interés de la moralidad” es preciso recurrir a la jurisprudencia del TEDH sobre temas relacionados. Así por ejemplo, en la sentencia del caso *Handyside vs. Reino Unido*,²¹⁸ que tiene como base la sanción impuesta al propietario de una editorial tras determinarse que el libro que publicó -para el uso de escolares- tenía contenidos obscenos, el TEDH ha establecido que las *concepciones éticas* de los miembros de una sociedad son las que dan significado al término “moral” al afirmar que, a pesar de la diversidad y la evolución constante de las concepciones éticas y educativas en el Reino Unido, los jueces ingleses competentes tenían derecho a pensar -en el ejercicio de su poder de apreciación- que el *schoolbook* podría tener efectos perniciosos sobre la moral de muchos niños y adolescentes que lo leyeran.²¹⁹ Y que cada uno de los Estados contratantes ha fijado su criterio sobre la moral a la luz de la situación existente en sus respectivos territorios y han tenido en cuenta especialmente los diferentes modos en que se conciben las exigencias de la protección de la moral en una sociedad democrática.²²⁰

El TEDH puntualiza en su fallo, que no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral, puesto que la idea de que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Además -agrega-, gracias a sus contactos

²¹⁶ José Luis, Pérez Triviño, “Derechos Humanos, Relativismo y Protección Jurídica de la Moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en edición digital a partir de DOXA: *Cuadernos de Filosofía de Derecho*, Nº 17-18 (1995), Alicante, 2005, pp. 469-490, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-humanos-relativismo-y-proteccion-juridica-de-la-moral-en-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-0/>.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 473.

²¹⁸ Caso *Handyside vs. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, en IIDH http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_europeo/tedhhandyside.htm.

²¹⁹ *Ibid.*, párr. 52.

²²⁰ *Ibid.*, párr. 57.

directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades de los Estados se encuentran, en principio, mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la “necesidad [...] de una restricción o sanción” destinada a dar una respuesta a ello, por lo que el Convenio les reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación en la materia; margen de apreciación que tiene a su vez el legislador nacional (al ser el encargado de redactar la ley) y los órganos, especialmente los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor.²²¹

A la luz de esta sentencia, el criterio del TEDH sobre la materia se resume en los siguientes puntos:

a) La protección de la moral está determinada por las concepciones éticas que tienen los miembros de una sociedad en una época determinada;

b) Las autoridades estatales de cada país (legislativas y judiciales, principalmente) son quienes se encuentran mejor situadas para captar la moral social en sus territorios; y,

c) Las exigencias de la moral varían en el tiempo y en el espacio debido principalmente a la rápida e importante evolución de las costumbres, creencias y opiniones sobre la materia.

Siendo así, deberá entenderse que, para valorar la pertinencia o no de la reserva de todo o parte del proceso “en interés de la moralidad”, el TEDH se guiará por las consideraciones antes expuestas, que ha desarrollado en su jurisprudencia, aunque referida a otros derechos.

2. En interés del orden público.

La expresión *orden público* es definida por Ossorio²²² como “conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras”. Es

²²¹ *Ibíd.*, párr. 48.

²²² Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Guatemala, Datascom, s.f., 1ª ed. electrónica, en https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf.

decir, se trata de una definición amplia para una expresión que el TEDH tampoco ha precisado.

La sentencia del antes citado *caso Campbell y Fell vs. Reino Unido*²²³ ofrece una aproximación a dicho concepto. En este caso un interno de una prisión denuncia -entre otros hechos- que el procedimiento disciplinario seguido en su contra fue celebrado a puerta cerrada. Al respecto, el TEDH, tomando en consideración factores de orden público y problemas de seguridad, señala que los procedimientos penitenciarios disciplinarios ocasionan dificultades de mayor magnitud que las que se presentan en los procesos penales ordinarios; así, cuando las audiencias se celebran en el recinto de la prisión las dificultades sobre la admisión del público a dicho recinto son obvias, en cambio, si se realizan fuera de la prisión surgen problemas parecidos en cuanto al traslado del detenido y su asistencia al juicio, por ello -sostiene el TEDH- requerir que los procedimientos disciplinarios relativos a los internos se celebren en público supone una carga desproporcionada para las autoridades del Estado.²²⁴

Adicionalmente, en el caso *Jasper vs. Reino Unido*²²⁵ el TEDH ha sostenido que, si bien en algunos casos, puede ser necesario abstenerse de presentar ciertas pruebas a la defensa a fin de preservar los derechos fundamentales de otra persona o de proteger un interés público importante, sólo las medidas que restrinjan los derechos de la defensa, que son estrictamente necesarias, son permisibles en virtud del art. 6.1; y que, por otra parte, con el fin de asegurarse de que el inculcado reciba un juicio justo, las dificultades causadas a la defensa por una limitación de sus derechos deben ser suficientemente compensadas por los procedimientos seguidos por las autoridades judiciales.²²⁶

Cabe indicar que, otros conceptos como el de protección de la moralidad y de la seguridad nacional son considerados por el TEDH comprendidos dentro de la idea de “interés general”,²²⁷ por lo que los invoca en forma paralela con éste último.

²²³ Caso *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, *supra* nota 213.

²²⁴ *Ibid.*, párr. 87.

²²⁵ Caso *Jasper vs. Reino Unido*, sentencia de 16 de febrero de 2000, demanda N° 27052/1995, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"Jasper\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\"\],\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58495\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

²²⁶ *Ibid.*, párr. 52.

²²⁷ Por ejemplo, la sentencia del caso *Handyside vs. Reino Unido*, párr. 62 y párr. penúltimo del voto particular del Juez Zekia, *supra* nota 218; y la sentencia del caso *McCann vs. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995, demanda N° 18984/1991, párrs. 104-105, en

3. En interés de la seguridad nacional.

Según el Diccionario de la Lengua Española, *seguridad* es la “Cualidad de seguro”; y, lo *seguro* es “Libre y exento de riesgo”; por su parte, el término *nacional* significa “Pertenciente o relativo a una nación,”²²⁸ y no a los individuos en particular.

La seguridad nacional es otro concepto que presenta dificultades para definirlo; lo cual viene dado, principalmente, porque cada Estado lo establece en función de su realidad e intereses políticos, militares, económicos y sociales.

Para Arnold Wolfers,²²⁹ se trata de un concepto ambiguo, el cual sugiere la *protección mediante el poder* de valores previamente establecidos por cada Estado; así, - sostiene- la seguridad nacional “en un sentido objetivo, mide la ausencia de amenazas a los valores adquiridos; en un sentido subjetivo, mide la ausencia de temor a que dichos valores se vean atacados”.²³⁰

Sin embargo, por la práctica de los Estados a través del tiempo, lo que sí está claro es que existe un estrecho vínculo entre seguridad nacional y “secreto de Estado”, y que por la primera, generalmente, se justifica el segundo. Al respecto, Aba Catoria²³¹ recuerda que los medios o técnicas de obtención de información con fines de seguridad y defensa son tan antiguos como el propio Estado y que, por tanto, el secreto se constituye en un medio eficaz de protección estatal; esto, tanto para asegurar que los demás Estados no puedan conocer sus intenciones políticas, como para protegerse frente a amenazas o peligros que provienen del interior del propio Estado. De ahí -agrega- la relevancia de mantener en secreto, o lo que es lo mismo, sin publicidad, los objetivos y las políticas de seguridad interna y externa del Estado.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"McCann\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\], \"itemid\":\[\"001-57943\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

²²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, *supra* nota 215.

²²⁹ Arnold Wolfers, “La “seguridad nacional” como símbolo ambiguo”, en John, Vázquez, comp., *Relaciones Internacionales: el pensamiento de los clásicos*, México D.F., Editorial LIMUSA, 1994.

²³⁰ *Ibid.*, p. 172.

²³¹ Ana Aba Catoria, *El secreto de Estado y los servicios de inteligencia*, Cuadernos Const. de la Cátedra Fadique Furió Ceriol N° 38/39, Valencia, 2002, p. 133, en <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/830972.pdf>.

Lo anterior se evidencia en el caso *Sutyagin vs. Rusia*,²³² que tiene como antecedente el proceso seguido por el delito de alta traición en forma de espionaje contra el ex Jefe del Departamento de Política Militar-Técnica y Económico-Militar del Instituto de Estados Unidos y Canadá de la Academia de Ciencias de Rusia tras haber publicado un libro que contenía secretos de Estado, y el caso *McCann y otros vs. Reino Unido*,²³³ que deriva del “asesinato legal” de tres presuntos terroristas de manos de soldados del Servicio Aéreo Especial de Reino Unido, ante la sospecha de que perpetren un ataque terrorista en Gibraltar; casos en los cuales dentro del proceso se excluyó información considerada confidencial.²³⁴

Sin embargo, en la sentencia del caso *Chahal vs. Reino Unido*,²³⁵ el TEDH, en un pronunciamiento innovador sobre la materia, reconoce que el uso de información de carácter confidencial puede ser inevitable cuando la seguridad nacional está en juego, pero esto no significa que las autoridades nacionales hayan de quedar libres de controles efectivos por parte de los tribunales nacionales cuando afirmen estar ante un problema de seguridad nacional o de terrorismo. Aún más, el TEDH en esta sentencia resalta como eficaz el control judicial desarrollado en estos casos por el derecho canadiense, concretamente por la Ley de Inmigración de Canadá de 1976 (reformada por la Ley de inmigración de 1988), según la cual un tribunal federal realiza una audiencia a puerta cerrada, en la que se examinan las pruebas y se concretan, en la medida de lo posible, los cargos contra el solicitante, frente a los cuales el solicitante, debidamente representado, puede a su vez proponer sus pruebas; la confidencialidad de las pruebas que afecten a la seguridad nacional se salvaguarda realizando el examen de las mismas en ausencia del solicitante y su abogado, sin embargo, el lugar de éstos es ocupado por un consejero de seguridad debidamente acreditado por el tribunal para acceder a los documentos, el cual

²³² Caso *Sutyagin vs. Rusia*, sentencia de 3 de mayo de 2011, demanda N° 30024/2002, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["30024/02"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-104651"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

²³³ Caso *McCann y otros vs. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, demanda N° 18984/1991, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["McCann"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57943"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

²³⁴ Ver caso *Sutyagin vs. Rusia*, *supra* nota 232, párr. 205; y, caso *McCann y otros vs. Reino Unido*, *supra* nota anterior, párr. 104.

²³⁵ Caso *Chahal vs. Reino Unido*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, demanda N° 70/1995/576/662, en https://www.unodc.org/tldb/pdf/CASE_OF_CHAHAL_v._THE_UNITED_KINGDOM-1.txt.

asiste al tribunal y bajo la dirección de éste, evalúa la medida en que el interés del Estado puede verse comprometido. Un resumen de las pruebas obtenidas, con las omisiones que sean necesarias, se pone en conocimiento del solicitante. Este ejemplo -a criterio del TEDH- ilustra que hay técnicas que se pueden emplear para satisfacer la necesidad del secreto de las fuentes de información y la necesidad de control de los derechos procesales del individuo.²³⁶ Es decir, el TEDH da pasos hacia el establecimiento del Derecho como límite del poder del Estado en materia de seguridad nacional, planteando mecanismos de control que eviten un exceso en el ejercicio de este poder.

4. Cuando los intereses de los menores así lo exijan.

Mediante esta disposición, el Convenio, en armonía con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño²³⁷ otorga a los niños, niñas y adolescentes, que directa o indirectamente se vean involucrados en un proceso, protección y cuidados especiales, en cuanto a la publicidad de dichos procesos; ello, en razón de su vulnerabilidad proveniente de la *edad* o falta de madurez mental, intelectual y emocional.

Siendo así, en el caso *T vs. Reino Unido*,²³⁸ el cual tiene como antecedente el juicio seguido contra un niño de diez años de edad²³⁹ por el secuestro y asesinato de un niño de dos años de edad, que el primero perpetró en conjunto con otro niño, el TEDH, frente al argumento del demandante de que su juicio en público en un tribunal penal de adultos fue injusto, sostuvo que, al tratarse de un proceso penal seguido contra un niño acusado de un grave delito, y que atrajo un alto nivel de interés público y mediático, era necesario llevar a cabo la audiencia de tal forma que se reduzcan en lo posible los sentimientos de intimidación y de inhibición del acusado; y que teniendo en cuenta la

²³⁶ *Ibíd.*, párr. 131.

²³⁷ La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

²³⁸ Caso *T vs. Reino Unido*, sentencia de 16 de diciembre de 1999, demanda N° 24724/1994, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["T"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["itemid":\["001-58593"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

²³⁹ Sentencia caso *T vs. Reino Unido*, nota anterior, párr. 48. Cabe indicar que, para la persecución penal, cada Estado de la Unión Europea -contratante del Convenio- tiene su propio estándar sobre la edad mínima de responsabilidad penal. Así por ejemplo, es de ocho años en Escocia; diez años en Inglaterra, Gales y Suiza; catorce en España, Alemania, Austria, Italia y algunos países de Europa del Este; quince en países escandinavos; dieciséis en Portugal.

edad y otras características del niño, así como las circunstancias que rodean el procedimiento penal, el “interés general” podía estar satisfecho con un procedimiento modificado que prevea derechos de asistencia y presentación de “información juiciosa”.²⁴⁰ Y que en este caso, pese a las medidas especiales tomadas en vista de la corta edad del solicitante y de promover su comprensión de los procedimientos, la formalidad y el ritual del Tribunal de la Corona pudieron parecer incomprensibles e intimidantes para un niño de once años, y que algunas de las modificaciones a la sala del Tribunal tuvieron el efecto de aumentar el sentido de malestar del demandante durante el juicio, ya que se sentía expuesto al escrutinio de la prensa y el público;²⁴¹ todo lo cual impidió que el demandante participara de manera efectiva en el proceso penal en su contra.

5. Cuando la protección de la vida privada de las partes procesales así lo exijan.

El derecho al respeto de la vida privada está ampliamente garantizado en el Convenio no sólo mediante lo dispuesto en el art. 6, que ahora se analiza, sino, y en forma autónoma, en el art. 8 que establece:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

Sin embargo, en el momento de conciliar la privacidad de las partes procesales y la publicidad del proceso, el TEDH ha hecho diversas ponderaciones. Así por ejemplo, en el caso *Diennet vs. Francia* el demandante reclamó la falta de una audiencia pública en el proceso disciplinario seguido en su contra por violación de la ética profesional. Ante esta pretensión el gobierno francés sostuvo que la mala conducta de la que se

²⁴⁰ *Ibid.*, párr. 85.

²⁴¹ *Ibid.*, párr. 86.

acusaba al demandante estaba directamente relacionada con el ejercicio de la profesión médica, por lo que el caso quedó bajo las excepciones previstas en el art. 6, párrafo 1; y como los órganos disciplinarios tenían el deber de verificar la exactitud de los hechos, esto es: violación de la ética profesional por parte del doctor Diennet al haber emitido recetas médicas para el tratamiento de la obesidad sin examinar a sus pacientes - mediante consulta por correspondencia- dichos pacientes tuvieron que ser citados dentro del procedimiento en audiencia reservada, porque si la audiencia se celebraba en público, el secreto profesional se habría puesto en peligro y la vida privada de los pacientes se habría invadido.²⁴² Para resolver, el TEDH toma en cuenta varios factores, entre ellos: que si bien la necesidad de proteger el secreto profesional y la vida privada de los pacientes pueden justificar la celebración de actuaciones en reserva, esto debe ocurrir cuando las circunstancias *estrictamente lo requieren*. En este caso, dentro del proceso sólo se analizó el “método de consulta por correspondencia” adoptado por el doctor Diennet, por lo que no había ninguna razón para suponer que los resultados de este método con respecto a determinado paciente o algún secreto que el doctor Diennet podría haber recogido en el curso de la práctica de su profesión, serían mencionados. De ser así -agrega el TEDH-, en la audiencia se habría señalado el riesgo de incumplimiento del secreto profesional o de una intromisión en la vida privada, y el tribunal podría haber ordenado que la audiencia continúe en forma reservada.²⁴³ Por lo que el TEDH encuentra que sí se produjo una violación del principio de publicidad procesal en este caso.

6. Cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

La reserva en este supuesto sería aplicable, por ejemplo, en el caso de procesos penales, específicamente en la fase preliminar al proceso penal (en Ecuador investigación previa²⁴⁴), en la cual se recaban elementos probatorios o indicios

²⁴² Caso *Diennet vs. Francia*, *supra* nota 58, párr. 31.

²⁴³ *Ibid.*, párr. 34.

²⁴⁴ En el procedimiento penal ecuatoriano las actuaciones de las autoridades y de todo el personal que interviene en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten (art. 584 del COIP); información que es de circulación restringida

previamente a dar o no inicio al proceso penal como tal; siendo incompatible con ello la publicidad, no sólo porque de ser público este procedimiento la persona investigada podría ocultar pruebas o “anticiparse” a la acción de la justicia, sino también en protección de la vida privada, honor y buen nombre de dicha persona, que se presumirá inocente y será tratada como tal, incluso, mientras no se declare su responsabilidad penal mediante sentencia ejecutoriada.

Y si el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales enfatiza en la publicidad del *pronunciamiento de la sentencia*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* lo hace en relación a la *publicidad del juicio*. En ese sentido, en la Observación General N° 32, sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, el CDH puntualiza²⁴⁵ que todos los juicios en casos penales o casos conexos de carácter civil deberían llevarse a cabo oral y públicamente. La publicidad de las audiencias asegura la transparencia de las actuaciones y constituye así una importante garantía que va en interés de la persona y de la sociedad en su conjunto. Los tribunales deben facilitar al público información acerca de la fecha y el lugar de la vista oral y disponer de medios adecuados para la asistencia de los miembros interesados del público, dentro de límites razonables, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el posible interés público por el caso y la duración del juicio oral. El derecho a ser oído públicamente no se aplica necesariamente a todos los procedimientos de apelación, que pueden realizarse sobre la base de presentaciones escritas, ni a las decisiones anteriores al juicio que adopten los fiscales u otras autoridades públicas.

No obstante, en el párrafo 1 del art. 14 se reconoce que los tribunales están facultados para excluir a la totalidad o a parte del público de un juicio por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria, en opinión del tribunal, en circunstancias especiales en que la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. Aparte de tales circunstancias

y cuya divulgación constituye un delito contra el derecho a la intimidad personal y familiar sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años, conforme lo dispone el art. 180 *ibídem*.

²⁴⁵ CDH, Observación General N° 32, párrs. 28-29.

excepcionales, señala el CDH, toda audiencia deberá estar abierta al público en general, incluidos los miembros de los medios de comunicación, y no estar limitada, por ejemplo, sólo a una categoría particular de personas.

Aun en los casos en que se excluye al público del juicio, la sentencia, con inclusión de las conclusiones esenciales, las pruebas clave y los fundamentos jurídicos, se deberá hacer pública, excepto -indica el CDH- cuando el interés de menores de edad exija lo contrario, o en los procedimientos referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

En cuanto a la exigencia de que *el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*, prevista en el art. 8.5 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, la Corte IDH estableció que “no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención”, puesto que los procesos militares, contra civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria, fueron desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevaron una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. “En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma”.²⁴⁶ Por lo cual, la Corte IDH declaró que el Estado peruano violó el art. 8.5 de la Convención Americana.

En el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, en relación a la violación de esta disposición, la CIDH alegó -sin que el Estado lo haya controvertido- que “los procedimientos a que fue sometido el señor Luis Alberto Cantoral Benavides, tanto ante los tribunales militares como en el fuero común, se realizaron en las condiciones de ‘no publicidad’, [...] ‘en audiencias privadas, en recintos militares o en establecimientos penitenciarios, ante magistrados, fiscales y hasta abogados ‘sin rostro’ en un clima de intimidación y reserva pues no había público alguno que presenciara esos actos procesales’”.²⁴⁷ Por su parte la Corte IDH comprobó en el expediente que “varias audiencias que se realizaron en el proceso ante el fuero común, fueron llevadas a cabo

²⁴⁶ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* nota 166, párr. 172.

²⁴⁷ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra* nota 172, párr. 141.

en el interior de establecimientos carcelarios”.²⁴⁸ Concluyendo que “Lo anterior es suficiente para constatar que el proceso adelantado por el fuero común contra Luis Alberto Cantoral Benavides, no reunió las condiciones de publicidad que exige el art. 8.5 de la Convención”.²⁴⁹

Para completar el análisis de la violación del numeral 5 del art 8, la Corte IDH examinó si era aplicable o no la excepción a la publicidad señalada en la norma y encontró que el Estado no presentó informaciones ni argumentos que demostraran que se debían restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser “necesario para preservar los intereses de la justicia”; asimismo consideró que, “dadas las características particulares de Luis Alberto Cantoral Benavides, el proceso que se le siguió podía desarrollarse públicamente sin afectar la buena marcha de la justicia”.²⁵⁰

1.3.4. Derecho a la presunción de inocencia

En lo atinente a la presunción de inocencia como componente del derecho a un proceso equitativo establecido en el art. 6 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, el Libro Verde²⁵¹ sobre “La presunción de inocencia”,²⁵² de 26 de abril de 2006 (COM 2006/174 final), ofrece algunos criterios en relación a lo que se entiende por presunción de inocencia,²⁵³ esto a partir de la jurisprudencia del TEDH, a la que se remite.

Según la jurisprudencia del TEDH, señala el referido Libro Verde, la presunción de inocencia se aplica a favor de la persona contra la que se han presentado cargos, la cual debe ser tratada como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente

²⁴⁸ *Ibid.*, párr. 146.

²⁴⁹ *Ibid.*, párr. 147.

²⁵⁰ *Ibid.*, párr. 148.

²⁵¹ Conforme al glosario de la Unión Europea, los Libros Verdes son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto. Los Libros Verdes invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre un tema propuesto; pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en Libros Blancos. Información disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/green_paper_es.htm.

²⁵² En este Libro Verde se examina qué se entiende por presunción de inocencia y qué derechos derivan de ésta; paralelamente, a través del mismo y vía preguntas, la Comisión Europea estuvo interesada en saber si la presunción de inocencia se entiende de la misma manera en el conjunto de la Unión Europea para, en base a ello, tomar las medidas legislativas correspondientes.

²⁵³ Libro Verde La presunción de inocencia, 2006, subtítulo 2. Texto completo disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0174:FIN:ES:PDF>.

pruebas suficientes para que el tribunal independiente e imparcial lo declare culpable; además, la presunción de inocencia requiere que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa. La presunción de inocencia se vulneraría si el acusado no hubiera sido previamente declarado culpable según la ley y no hubiera tenido oportunidad de ejercitar los derechos de la defensa. El acusado no podrá ser detenido bajo régimen de prisión preventiva, salvo por motivos excepcionales; si es detenido bajo ese régimen, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia. La carga de la prueba de culpabilidad recae en el Estado, y cualquier duda será favorable al acusado.

Remitiéndose a la línea jurisprudencial del TEDH, también señala que ningún órgano jurisdiccional ni funcionario público puede pronunciarse o declarar extraprocesalmente que el acusado es culpable de una infracción por la que no ha sido juzgado ni condenado; lo cual no impide que las autoridades puedan informar públicamente de las investigaciones y expresar “sospechas de culpabilidad”, siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado, y que ésta se manifieste con discreción y prudencia.

Por otra parte, este Libro Verde destaca que el TEDH en su jurisprudencia ha determinado que la presunción de inocencia supone el derecho de no inculparse, que a su vez conlleva el derecho al silencio y el derecho a no presentar pruebas que puedan contribuir a la propia inculpación; en esa línea se aplica la máxima *nemo tenetur prodere seipsum*, esto es: nadie puede ser obligado a inculparse a sí mismo. De modo que cualquier coerción para obtener pruebas inculpatorias constituye una violación de los derechos al silencio y de presunción de inocencia. Además, el acusado puede negarse a contestar preguntas y a presentar pruebas. En cuanto a la duración de la presunción de inocencia, este Libro Verde resalta que suele concluir cuando el tribunal declara la culpabilidad del acusado.

De forma paralela, debido a las particularidades que presentan las legislaciones de los diferentes Estados miembros, en este Libro Verde la Comisión Europea planteó una serie de preguntas a fin de determinar los alcances y limitaciones de la presunción de inocencia en cada uno de ellos.

Sobre los resultados de esta consulta y su evaluación de impacto, en 2013 la Comisión Europea señaló²⁵⁴ que once Estados miembros respondieron a la consulta, y que algunos expertos y profesionales independientes aprovecharon la oportunidad para “denunciar la erosión del principio de presunción de inocencia y subrayar que, especialmente en determinados procedimientos de instrucción contra no nacionales o no residentes, cada vez tenía mayor aceptación el principio de «presunción de culpabilidad» en los sistemas nacionales”. Adicionalmente, la evaluación de impacto arrojó que “el nivel de garantías que ofrece la legislación de los Estados miembros es, en general, aceptable, y que no parece existir ningún problema sistémico en este ámbito. No obstante, las garantías jurídicas deberían mejorarse en algunos aspectos. Además, la presunción de inocencia se vulnera demasiado a menudo en la Unión Europea”.

Cabe indicar que, producto de los diversos trabajos derivados del referido Libro Verde, luego del trámite y las enmiendas correspondientes, el 9 de marzo de 2016 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la *Directiva por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*,²⁵⁵ la cual recoge, en lo principal, los lineamientos del Libro Verde sobre la presunción de inocencia. Esta Directiva entró en vigor el 31 de marzo de 2016 y los Estados miembros deben proceder a su transposición, a más tardar, el 1 de abril de 2018.

Con respecto de la presunción de inocencia prevista en el art. 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, el CDH en su Observación General N° 32, sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, establece²⁵⁶ que este derecho es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable,

²⁵⁴ Cfr. párrs. 19 y 23 de la Propuesta de *Directiva por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales*, presentada el 27 de noviembre de 2013 por la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea, COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD), en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0821>.

²⁵⁵ Directiva (UE) 2016/343, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 11 de marzo de 2016, en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.065.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:065:TOC.

²⁵⁶ CDH, Observación General N° 32, párr. 30.

asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado. Normalmente, los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación evitarán expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia.

Sobre el alcance del derecho a la presunción de inocencia consagrado en la primera parte del numeral 2 del art. 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en la sentencia del caso *López Mendoza vs. Venezuela*,²⁵⁷ la Corte IDH recordó lo ya señalado en anteriores pronunciamientos en el sentido de que, en el ámbito penal “el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa”. Y, siendo como es, que la demostración fehaciente de la culpabilidad configura un requisito indispensable para la sanción penal, “la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado”. En ese sentido, la Corte IDH puntualiza que “la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”.²⁵⁸

Por otro lado, en esta misma sentencia la Corte IDH también señaló que “el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada

²⁵⁷ Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, *supra* nota 210.

²⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 128.

en beneficio del acusado”.²⁵⁹ Es decir, reforzando la presunción de inocencia, la Corte IDH recordó el *principio in dubio pro reo*, uno de los pilares del Derecho Penal moderno, mediante el cual, en caso de duda -por falta o insuficiencia de pruebas, por ejemplo-, se favorecerá al imputado o acusado. En ese orden de ideas, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*,²⁶⁰ al igual que en otros,²⁶¹ la Corte IDH ha dicho que si obra contra la persona acusada “prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.

La Corte IDH también ha considerado violatorio del principio de presunción de inocencia que un imputado haya sido exhibido ante los medios de comunicación vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado,²⁶² o que una decisión judicial relacionada con el acusado refleje la opinión de que es culpable antes de que sea encontrado culpable,²⁶³ o que la prisión preventiva impuesta a una persona haya sido prolongada.²⁶⁴

Por su parte, el art. 7.b. de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* establece, como uno de los componentes de la tutela judicial efectiva, “el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia”, expresión que se presta a confusiones porque lleva a entender que los tribunales competentes están llamados a demostrar la inocencia más no la culpabilidad del acusado o, por otro lado, que se trata de un error semántico. En ese sentido, los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*, adoptados para fortalecer y complementar las disposiciones del art. 7 de esta Carta, determinan que uno de los derechos que le asiste a toda persona acusada de un delito durante el juicio es el que “se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad de acuerdo a la ley”, enmendando de esta forma el error que contiene la mencionada disposición normativa. La presunción de inocencia -agregan los Principios y

²⁵⁹ *Loc. cit.* En el mismo sentido, véase la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 184, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

²⁶⁰ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra* nota 172, párr. 120.

²⁶¹ Así por ejemplo, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra* nota 259, párr. 183, primera parte.

²⁶² Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra* nota 172, párr. 119.

²⁶³ Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, *supra* nota 210, párr. 128, parte final.

²⁶⁴ Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *supra* nota 205, párr. 78.

Directrices- hace recaer la carga de la prueba durante el juicio en una causa penal en la Fiscalía. Y señalan que los funcionarios públicos deben respetar la presunción de inocencia; así como que “los funcionarios públicos, incluidos los fiscales, pueden informar al público sobre las investigaciones penales o cargos, pero no expresar una opinión sobre la culpabilidad de cualquier sospechoso”.²⁶⁵

1.3.5. Derecho a la impugnación

En relación al derecho a la *revisión por un tribunal superior*, previsto en el numeral 5 del art. 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en la Observación General N° 32, sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, el CDH puntualiza²⁶⁶ que ésta se aplica a los procesos penales y no se limita a los delitos más graves. La garantía se vulnera -aclara- no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto.

Señala también el CDH, que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley", del párr. 5 del art. 14 del Pacto, se refiere a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión, así como la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto; más no, a dejar a discreción de los Estados Partes la existencia del derecho a revisión. Además, la referencia a la legislación interna en esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que si el ordenamiento jurídico nacional prevé otras instancias de apelación, la persona condenada debe tener acceso efectivo a cada una de ellas.

Este derecho impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de

²⁶⁵ Principios y Directrices, acápite N, numeral 6, literal e.

²⁶⁶ CDH, Observación General N° 32, párrs. 45-51.

la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa; una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente al tenor del Pacto. Además, señala el CDH que este derecho no exige un nuevo juicio o una nueva "audiencia" si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa.

Para que el derecho a la revisión del fallo condenatorio pueda ejercerse efectivamente, la persona declarada culpable debe acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia y, como mínimo en el primer tribunal de apelación cuando el derecho interno prevea varias instancias de apelación, también a otros documentos, como la transcripción de las actas del juicio, que sean necesarios para que pueda ejercer efectivamente el derecho a apelar. La efectividad de este derecho se ve afectada también si la revisión por la instancia superior se retrasa indebidamente.

Concluye el CDH que el derecho a apelar es particularmente importante en los casos de pena de muerte; a las personas indigentes que se encuentren en este supuesto no se les negará la asistencia jurídica gratuita. Además, en estos casos, el derecho a la revisión del fallo condenatorio se infringe también si no se informa al acusado de la intención de su abogado de no presentar razones de apoyo de su recurso, privándolo así de la oportunidad de buscar a otro representante a fin de que sus asuntos puedan ventilarse en apelación.

En cuanto al *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*, previsto en el numeral 2 del art. 8 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* la Corte IDH señaló que este derecho “no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto”. En este caso, como el tribunal de segunda instancia formaba parte de la estructura militar, la Corte IDH consideró que no tenía la independencia necesaria para actuar ni constituía un juez natural para el enjuiciamiento de civiles y que, pese a la existencia en ese fuero, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, bajo

condiciones sumamente restrictivas, “aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece”.²⁶⁷

La Corte IDH también ha considerado “que no es *per se* contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno de los Estados que en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación”.²⁶⁸

Respecto a este derecho, el art. 7.1.a., de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* establece entre los componentes del derecho de toda persona a que su caso sea visto, el “derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes”; disposición un tanto ambigua por cuanto no precisa a qué convenciones, leyes, ordenanzas y costumbres en vigor se refiere, ni si deben o no ser compatibles con la Carta Africana, por lo que abarcaría cualquier instrumento normativo que reconozca y garantice algún derecho fundamental; además, en África existen costumbres incompatibles con los derechos humanos, de ahí que queda la duda en relación a qué “derechos fundamentales” reconocidos por las costumbres africanas hace referencia la citada disposición.

Este aspecto tampoco es aclarado por los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*, los que más bien se centran en establecer el alcance del derecho en estudio, al señalar como uno de los elementos esenciales de un juicio justo “el derecho a un recurso ante un órgano judicial superior”.²⁶⁹ Adicionalmente, dentro del grupo de disposiciones aplicables a los procedimientos relacionados con cargos penales, establecen que “toda persona declarada culpable en un proceso penal tendrá derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior”. El derecho a recurrir -acotan los Principios y Directrices- deberá proporcionar una verdadera y oportuna revisión del caso, incluyendo los hechos y la ley. Si se descubren pruebas de descargo después de que una persona sea juzgada y condenada, el derecho de apelación o cualquier otro procedimiento posterior a la

²⁶⁷ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* nota 166, párr. 161.

²⁶⁸ Corte IDH, caso *López Mendoza vs. Venezuela*, *supra* nota 210, párr. 120.

²⁶⁹ Principios y Directrices, acápite A, numeral 2, literal j.

condena deberá permitir la posibilidad de corregir el fallo, esto, si la nueva evidencia habría sido probable que cambie el veredicto, a menos que se pruebe que el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido es imputable en todo o en parte a los acusados.

Por otra parte, los Principios y Directrices instituyen la regla de que “Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a apelar ante un órgano judicial de jurisdicción superior”, por lo cual los Estados deberían tomar medidas para garantizar que tales apelaciones sean obligatorias; agregando que la “clemencia, la conmutación de la pena, la amnistía o el indulto podrán ser concedidos en todos los casos de pena capital”.²⁷⁰

1.3.6. *Non bis in ídem*

En el apartado titulado *la cosa juzgada (ne bis in ídem)*,²⁷¹ de la Observación General N° 32, sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, el CDH señala que el párrafo 7 del art. 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, según el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el que ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país, “encarna el principio de la cosa juzgada”. Esta disposición -dice el CDH- prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito; así, por ejemplo, una persona que haya sido absuelta por un tribunal civil no podrá ser juzgada nuevamente por el mismo delito por un tribunal militar. Sin embargo, no prohíbe repetir el juicio de una persona declarada culpable “*in absentia*” que solicite tal repetición; en ese caso se aplica al segundo fallo condenatorio. La prohibición no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio; tampoco se aplica a la reanudación de un juicio penal que se justifique por causas excepcionales, como el descubrimiento de pruebas que no se conocían o no estaban disponibles en el momento de la absolución. Esta garantía corresponde a los delitos penales solamente, y no a las medidas disciplinarias que no

²⁷⁰ Principios y Directrices, acápite N, numeral 10.

²⁷¹ *Ibíd.*, párrs. 54-57. El CDH utiliza la expresión *ne bis in ídem*, esto es, la expresión clásica del *non bis in ídem*; esta última de uso más generalizado en los países de habla hispana.

equivalen a una sanción por un delito penal en el sentido del art. 14 del Pacto. Por otra parte, la citada disposición no garantiza el principio de *ne bis in idem* respecto de las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados; sin embargo, -indica el CDH- este supuesto no debería socavar los esfuerzos de los Estados para evitar que se juzgue dos veces el mismo delito penal mediante convenios internacionales.

Respecto al numeral 4 del art. 8 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, el cual dispone que *el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* la Corte IDH anotó que esta disposición contempla “el principio de *non bis in idem*”, el cual “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”. Y, agrega, que “a diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo ‘delito’), la Convención Americana utiliza la expresión ‘los mismos hechos’, que es un término más amplio en beneficio de la víctima”.²⁷² En el presente caso, luego de revisar las sentencias firmes pronunciadas por los tribunales militares y ordinarios así como el atestado policial y las acusaciones respectivas, la Corte IDH concluye que, “al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana”.²⁷³ Aún más, al haberse constatado la violación del principio de *non bis in idem*, la Corte IDH consideró “que el Estado del Perú debe, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable”.²⁷⁴

1.3.7. Derecho a indemnización por error judicial

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** es el único de los instrumentos internacionales analizados que consagra este derecho dentro del artículo

²⁷² Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, *supra* nota 95, párr. 66.

²⁷³ *Ibid.*, párr. 77.

²⁷⁴ *Ibid.*, párr. 84.

que regula la tutela judicial efectiva;²⁷⁵ su alcance lo determina la Observación General N° 32, sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, en la cual el CDH establece que la garantía de *indemnización en caso de error judicial*²⁷⁶ no es aplicable si se demuestra que la no revelación en el momento oportuno del hecho desconocido es total o parcialmente atribuible al acusado; en tales casos, la carga de la prueba recae en el Estado. Asimismo, no cabe otorgar ninguna indemnización si el fallo condenatorio se anula en apelación, es decir, antes de que sea definitivo, o en virtud de un indulto de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya habido un error judicial. Es necesario -señala el CDH- que los Estados Partes promulguen legislación que garantice que la indemnización en caso de error judicial prevista en el art. 14 del Pacto se pague efectivamente y que el pago se efectúe dentro de un plazo razonable.

1.3.8. Derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación

Por otra parte, en el marco del desarrollo jurisprudencial de los componentes de las garantías judiciales previstas en el art. 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la Corte IDH ha creado un nuevo derecho: *el derecho a la verdad*, según el cual las víctimas de graves y manifiestas violaciones de derechos humanos (ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, secuestro o torturas) o sus familiares tienen derecho a conocer lo que sucedió y saber quiénes fueron los responsables de tales hechos, por tanto, a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y la determinación de las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento respectivos que establecen los arts. 8 y 25 de la Convención Americana.

Este derecho tiene dos dimensiones, conforme lo ha compendiado la Corte IDH sobre la base de lo señalado por la CIDH: una colectiva, que conlleva el derecho de la sociedad a tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos; y, una particular, que comprende el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de

²⁷⁵ Otros instrumentos lo regulan en artículo aparte, así por ejemplo: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el art. 3; y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 10.

²⁷⁶ *Ibíd.*, párrs. 52-53.

reparación.²⁷⁷ Siendo así, el derecho a conocer la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las presuntas víctimas.²⁷⁸

El contenido del derecho a conocer la verdad ha sido desarrollado por la Corte IDH en su jurisprudencia, en particular en casos de desaparición forzada. Al respecto, el juez Cançado Trindade, en su voto razonado de la sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sostiene que la prevalencia del derecho a la verdad se configura como una *conditio sine qua non* para hacer efectivos los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, reforzándose todos mutuamente, en beneficio de los familiares inmediatos de la persona desaparecida.²⁷⁹ Además, resaltando el desarrollo jurisprudencial del derecho a la verdad, dijo que éste requiere la investigación por parte del Estado de los hechos lesivos, y su prevalencia constituye, además, el presupuesto para el propio acceso efectivo a la justicia -a niveles nacional e internacional- por parte de los familiares de la persona desaparecida; dado que el Estado tiene el deber de hacer cesar las violaciones de los derechos humanos, la prevalencia del derecho a la verdad es esencial para el combate a la impunidad, y se encuentra ineluctablemente ligada a la propia realización de la justicia, y a la garantía de no repetición de aquellas violaciones.²⁸⁰

En ese sentido, en el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*²⁸¹ la Corte IDH hizo énfasis en que “el derecho de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos a conocer la verdad se enmarca en el derecho de acceso a la justicia”; y en el caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*²⁸² la Corte IDH reiteró que el derecho a la verdad “se

²⁷⁷ Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), párr. 97. En esta sentencia por primera vez la Corte se refiere explícitamente al derecho a la verdad.

²⁷⁸ Corte IDH, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 62.

²⁷⁹ Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 277, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 30.

²⁸⁰ *Ibíd.*, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 32.

²⁸¹ Corte IDH, caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas), párr. 201.

²⁸² Corte IDH, caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 509. En el mismo sentido véase el caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 62; caso *Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 166; caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 180;

encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25.1 de la Convención”.

Configurando el alcance de este derecho, en el caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*,²⁸³ la Corte IDH entendió que “del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”.

Asimismo, en el caso *Blake vs. Guatemala*,²⁸⁴ la Corte IDH ha dicho que “el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares.”²⁸⁵

Adicionalmente, en el caso *Baldeón García vs. Perú*²⁸⁶ la Corte IDH estimó que “dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye

caso *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 151; caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 206; caso *Gelman vs. Uruguay*, párrs. 243 y 244; caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, sentencia de 3 de septiembre de 2012 (Fondo y Reparaciones), párr. 240; caso *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, párr. 220; caso *de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 147; caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, párrs. 119 y 120; caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 298; caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 170.

²⁸³ Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párr. 227, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.

²⁸⁴ Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf.

²⁸⁵ *Ibid.*, párr. 97.

²⁸⁶ Corte IDH, caso *Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costa), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf.

una forma de reparación para el señor Bernabé Baldeón García y sus familiares y, a la vez, una manera de contribuir a evitar que se repitan hechos similares.²⁸⁷

Es decir, conforme lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte IDH, existe una conexión intrínseca entre el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación. Sin verdad no hay justicia, sin justicia no hay reparación y sin reparación no hay posibilidades de evitar que los hechos violatorios de derechos humanos vuelvan a ocurrir.

Así, los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación comprenden el derecho de las víctimas y de sus familiares a saber lo que pasó y por qué pasó, a que las autoridades competentes investiguen, juzguen y sancionen a los responsables, a que se indemnicen los daños y perjuicios sufridos, a que se reconozca su dignidad y se restituya sus condiciones de vida, a que se difunda la verdad de los hechos como una forma de reparación y a que se tomen medidas para evitar que estos hechos se repitan.

En ese sentido, los derechos a la verdad, a la justicia, y a la reparación se enmarcan dentro del acceso a la justicia, del debido proceso y de las garantías judiciales, regulados en el art. 8 de la Convención Americana; y, fundamentalmente, dentro de la obligación de investigar y reparar²⁸⁸ que tienen los Estados.

1.3.9. Garantías mínimas de los acusados o inculpados

De los instrumentos internacionales analizados, tres de ellos establecen de manera específica un grupo de derechos o garantías *mínimos* para los acusados o inculpados, a saber: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los derechos mínimos de los acusados, consagrados en el art. 6 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, comprenden:

1. Ser informado, en breve plazo, en lengua que comprenda, detalladamente, de la naturaleza de la causa.

²⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 56.

²⁸⁸ Sobre estas obligaciones que tienen los Estados se profundizará en el capítulo II.

El derecho a ser informado de la acusación ha sido desarrollado por el TEDH en varias sentencias, siendo una de ellas la del caso *Pélissier y Sassi vs. Francia*,²⁸⁹ en la cual, el TEDH recuerda que las disposiciones del párrafo 3. a) del art. 6 muestran la necesidad de que se preste especial atención a la notificación de la “acusación” al acusado. La acusación -agrega el TEDH- juega un rol determinante en los procesos penales, así como su notificación, ya que a partir de ésta la persona acusada es oficialmente informada de las bases jurídicas y fácticas de la acusación formulada en su contra. El art. 6, 3. a) del Convenio *garantiza al acusado del derecho a ser informado no sólo de la razón de la acusación*, es decir de los hechos materiales que se le imputan y que fundamentan la acusación, *sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos*; por lo que -puntualiza el TEDH- *esa información deberá ser detallada*.²⁹⁰ Además, el TEDH considera que en materia penal la provisión de la información completa y detallada sobre los cargos contra el acusado y la calificación jurídica que el tribunal pueda adoptar en la materia, es un requisito esencial del procedimiento equitativo.²⁹¹ En cuanto a la forma en que el acusado debe ser informado de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra el TEDH recuerda que el Convenio no impone ningún requisito especial para ello.²⁹²

El derecho a ser informado de la acusación conlleva, intrínsecamente, la exigencia de recibir dicha información en “lengua que comprenda” el acusado. Este aspecto, por estar relacionado con otro derecho se analizará en el punto 5. *infra*.

2. Disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

El TEDH ha establecido que existe una conexión entre el derecho del acusado a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación y el derecho a preparar su defensa;²⁹³ en efecto, si el acusado no conoce los cargos en su contra y el delito del que se le acusa no tiene los elementos para preparar su defensa, en cambio, si los conoce podrá desarrollar su defensa en base a dicha información. Sin embargo, para hacer

²⁸⁹ Sentencia caso *Pélissier y Sassi vs. Francia*, *supra* nota 200.

²⁹⁰ *Ibid.*, párr. 51.

²⁹¹ *Ibid.*, párr. 52.

²⁹² *Ibid.*, párr. 53.

²⁹³ *Ibid.*, párr. 54.

efectivo este derecho el acusado debe disponer del tiempo y las facilidades necesarias, condiciones que le permitirían tener una defensa de calidad. En la sentencia del caso *Goddi vs. Italia*²⁹⁴ el TEDH perfila las condiciones para que la defensa sea tal, entre ellas: que el abogado defensor del acusado tenga el tiempo y los medios necesarios para estudiar el expediente, preparar sus alegaciones y, en su caso, consultar a su cliente;²⁹⁵ de no ser así, se priva al acusado de una defensa “práctica y eficaz”.²⁹⁶ Lo mismo se aplicaría en el caso de que el acusado opte por defenderse a sí mismo.

3. Defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

Este derecho presenta tres opciones las cuales han sido analizadas en el Libro Verde sobre “Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea”,²⁹⁷ de 19 de febrero de 2003 (COM 2003/75 final). En cuanto al derecho a defenderse por sí mismo, el referido Libro Verde se limita a establecer que, en caso de que el acusado decida ejercitar este derecho, debe estar presente en los procedimientos para <<defenderse de manera práctica y efectiva>>.²⁹⁸ En lo relativo al derecho a ser asistido por un abogado, la Comisión Europea llegó a la conclusión que, si bien todos los derechos que integran la noción de <<derechos del juicio imparcial>> eran importantes, algunos derechos eran tan fundamentales que precisaba darles prioridad en esa fase de la consulta. El primero de todos esos derechos -dice la Comisión- es el derecho al asesoramiento y a la asistencia por un abogado. “Si no tiene abogado, un inculcado tiene menos posibilidades de conocer sus derechos y, por

²⁹⁴ HUDOC, caso *Goddi vs. Italia*, sentencia de 9 de abril de 1984, demanda N° 8966/1980, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"Goddi\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\"\],\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57495\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

²⁹⁵ *Ibid.*, párr. 31.

²⁹⁶ *Ibid.*, párr. 27. En el mismo sentido, ver sentencia caso *Artico vs. Italia*, de 13 de mayo de 1980, demanda N° 6694/1974, párr. 33, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"Artico\"\],\"itemid\":\[\"001-57424\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\).

²⁹⁷ En este Libro Verde se analiza cuáles deben ser las normas mínimas comunes en los Estados de la Unión Europea en materia de garantías procesales de sospechosos, procesados, acusados o condenados por delitos, y en qué ámbitos éstas pueden aplicarse.

²⁹⁸ Libro Verde Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea, 2003, subtítulo 4.3.b). Texto completo disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2003&nu_doc=75.

consiguientes, de que éstos se respeten”; siendo este derecho el fundamento de los restantes.²⁹⁹ El derecho a ser asistido por un abogado brinda dos opciones al acusado: asistencia jurídica de su propia elección y asistencia jurídica gratuita; la primera opción se aplica, en general, cuando el inculpado tiene los medios para pagar un abogado que le represente y, la segunda, cuando carece de dichos medios.³⁰⁰

El derecho a la asistencia de un abogado ha sido desarrollado por el TEDH en varias sentencias. Así, por una parte, ha establecido que la asignación de un abogado no asegura por sí misma la eficacia de la ayuda que puede ofrecer a un acusado,³⁰¹ por lo que el derecho a la asistencia de un abogado no se agota con la mera designación de éste sino cuando el acusado se beneficia de una defensa práctica y eficaz.

Por otra parte, el TEDH sostiene que para invocar el derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuando los intereses de la justicia lo exijan, el acusado no tiene que probar que carece de medios para su defensa; los indicios de que esto es así, valen para justificar el derecho, “más allá de toda duda”.³⁰² Además, con el fin de determinar si los “intereses de la justicia” ameritan que el solicitante reciba asistencia jurídica gratuita, el TEDH puntualiza que se debe tener en cuenta: en primer lugar, la gravedad del delito y la gravedad de la pena; en segundo lugar, la complejidad del caso; y, en tercer lugar, la situación personal del acusado.³⁰³ El TEDH también sostiene que cuando la privación de la libertad está en juego, el interés de la justicia exige, en principio, la representación letrada.³⁰⁴

²⁹⁹ *Ibid.*, subtítulo 2.5.

³⁰⁰ *Loc. cit.*

³⁰¹ Caso *Daud vs. Portugal*, sentencia de 21 de abril de 1998, demanda N° 11/1997/795/997, párr. 38, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["DAUD"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-58154"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

³⁰² Caso *Pakelli vs. Alemania*, sentencia de 25 de abril de 1983, demanda N° 8398/1978, párrs. 31 y 34, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Pakelli"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57554"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

³⁰³ Caso *Quaranta vs. Suiza*, sentencia de 24 de mayo de 1991, demanda N° 12744/1987, párrs. 33-36, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"fulltext":\["Quaranta"\],"itemid":\["001-57677"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{).

³⁰⁴ Caso *Beet y otros vs. Reino Unido*, sentencia de 1 de marzo de 2005, demandas Nos. 47676/99, 58923/00, 58927/00, 61373/00 y 61377/00, párr. 33-36, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["BEET"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-68421"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

4. *Interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.*

Si bien el Convenio establece el derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él, la jurisprudencia del TEDH ha establecido ciertas excepciones, tal como lo ha proclamado en la sentencia del caso *Doorson vs. Países Bajos*,³⁰⁵ que tiene como antecedente una sentencia condenatoria por el delito de tráfico de drogas, pronunciada en un proceso penal que contó con el testimonio anónimo de seis consumidores de drogas que reconocieron al procesado como la persona que les había vendido droga, testigos a los que el entonces procesado y luego accionante ante el TEDH no había oído testificar en su presencia y no había tenido oportunidad de interrogar. En este caso, el TEDH sostuvo que si bien el art. 6 del Convenio no establece explícitamente que los intereses de los testigos, en general, y de las víctimas llamadas a testificar, en particular, deban tenerse en consideración, sin embargo, la vida, libertad o seguridad de estas personas pueden estar en juego, así como el respeto a su vida privada y familiar. Tales intereses de los testigos y las víctimas son, en principio, protegidos por otras disposiciones sustantivas del Convenio, lo que implica que los Estados contratantes deben organizar sus procesos penales, de tal manera que dichos intereses no estén en peligro injustificadamente. En este contexto -agrega el TEDH-, los principios de un juicio justo exigen también que, en su caso, los intereses de la defensa se equilibren con los de los testigos o víctimas llamados a declarar.³⁰⁶ Siendo así, el TEDH estima que el Tribunal de Apelación de Amsterdam hizo bien en considerar que, por encima de los intereses del demandante, estaba la necesidad de garantizar la seguridad de los testigos³⁰⁷ y protegerlos contra la posibilidad de represalias por parte del demandante; por lo que no hubo violación del art. 6 del Convenio en cuanto al derecho del acusado de interrogar a los testigos que declaren contra él.

³⁰⁵ Caso *Doorson vs. Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1996, demanda N° 20524/1992, párr. 33-36, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"Doorson\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57972\"\]}.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)

³⁰⁶ *Ibid.*, párr. 70.

³⁰⁷ *Ibid.*, párr. 74.

5. *Ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.*

Otro de los derechos fundamentales objeto de consulta en el Libro Verde sobre “Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea” es el derecho a un intérprete y/o traductor competente y cualificado. Este derecho es de vital importancia para quienes no entienden la lengua del procedimiento seguido en su contra; pues en virtud de éste el sospechoso o inculpadado podrá comprender de qué se le acusa y la naturaleza del proceso, así como disponer de la traducción de lo que se dice en el mismo y de los documentos esenciales.³⁰⁸ Se debe considerar que los inculpadados que no hablan o no comprenden la lengua de procedimiento (por ejemplo, porque no son nacionales) están claramente en desventaja; y que, cualesquiera que sean sus circunstancias, son especialmente vulnerables.³⁰⁹

El derecho a un intérprete, en el contexto de un juicio justo, significa -conforme lo ha establecido el TEDH- que un acusado que no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal tiene el derecho a la libre asistencia de un intérprete para la traducción o interpretación de todos aquellos documentos o declaraciones en los procedimientos iniciados en su contra, que son necesarios que él entienda con el fin de tener el beneficio de un juicio justo.³¹⁰ Y -puntualiza- que esta asistencia debe ser *gratuita*, puesto que, acorde con el sentido corriente, que tanto en inglés como en francés -los dos idiomas oficiales del TEDH- tienen los términos “*gratuitement*”/“*free*”, utilizados en la redacción del art. 6.3.e. del Convenio, ninguno de ellos denota ni la remisión condicional, ni una exención temporal, ni una suspensión, sino una definitiva exención o exoneración;³¹¹ sentido que no se contradice con el contexto del párrafo 3 y, más bien, confirma el objeto y la finalidad del art. 6. Consecuentemente, el TEDH concluye que el derecho a un intérprete implica, para cualquier persona que no puede

³⁰⁸ Libro Verde Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, *supra* nota 298, subtítulo 5.

³⁰⁹ *Ibid.*, subtítulo 5.2.

³¹⁰ Caso *Luedicke, Belkacem y Koç vs. Alemania*, sentencia de 28 de noviembre de 1978, demandas Nos. 6210/73, 6877/75 y 7132/75, párr. 48, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"display\":\"0\",\"languageisocode\":\"ENG\"},\"appno\":\"6210/73\",\"6877/75\",\"7132/75\",\"documentcollectionid2\":\"CHAMBER\",\"itemid\":\"001-57530\"}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

³¹¹ *Ibid.*, párr. 40.

hablar o entender el idioma empleado en el tribunal, el derecho a recibir la asistencia gratuita de un intérprete, sin que a continuación se le reclame el pago de los costos en que se hubiera incurrido.³¹² Aún más, el TEDH ha establecido que este derecho se aplica no sólo a las declaraciones orales hechas en la audiencia del juicio sino también para la documentación y los procedimientos pre-judiciales; y que la asistencia de un intérprete debe ser tal que permita al acusado tener conocimiento de la causa seguida en su contra y de defenderse, en particular, para tener la capacidad de exponer ante el tribunal su versión de los hechos.³¹³

En suma, el derecho a un proceso equitativo previsto en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales comporta, a su vez, el cumplimiento de un conjunto de derechos; constituyéndose, como lo señala Varona Martínez,³¹⁴ en un “derecho de derechos”.

Sin embargo, en lo que concierne a la materia penal, el derecho a un proceso equitativo hace énfasis en proteger a las personas acusadas de una infracción penal, más no a las víctimas de tales infracciones. Aunque, como se vio en la sentencia del caso *Doorson vs. Países Bajos*,³¹⁵ analizada a propósito del derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él, el TEDH sostuvo que si bien los intereses de los testigos y las víctimas no están explícitamente protegidos en el art. 6 del Convenio, sí están protegidos por otras disposiciones del Convenio (relativas a la vida, libertad, seguridad e intimidad), lo que implica que los Estados contratantes deben organizar sus procesos penales, de tal manera que dichos intereses no estén en peligro injustificadamente.³¹⁶

³¹² *Ibíd.*, párr. 46.

³¹³ Caso *Kamasinski vs. Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, demanda N° 9783/1982, párr. 74, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"KAMASINSKI\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57614\"\]}.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)

³¹⁴ Gema Varona Martínez, “Tutela judicial efectiva: derecho a un proceso con todas las garantías”, en José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri, dirs., *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Donostia-San Sebastián, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 224, en http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivcke_i_libro_online/es_libro/normativa.html.

³¹⁵ Caso *Doorson vs. Países Bajos*, *supra* nota 305.

³¹⁶ *Ibíd.*, párr. 70.

Es decir, el TEDH, invocando el Convenio, reivindica la protección de los intereses de los testigos y de las *víctimas llamados a declarar en un proceso*, por así exigirlo los principios de un juicio justo o equitativo. Lo cual significa que el Convenio protege los intereses de las víctimas en general, aunque no directamente por la vía del derecho a un proceso equitativo. Sin embargo, bajo las mismas consideraciones expuestas en el subtítulo anterior, *mutatis mutandis*, el hecho de que el art. 6 reconozca la titularidad del derecho a un proceso equitativo a “toda persona”, y que el art. 34 del Convenio confiera facultad al TEDH para “conocer de una demanda presentada por cualquier persona física [...] que se considere víctima de una violación [...] de los derechos reconocidos en el Convenio o su Protocolos”, la participación de las víctimas de las infracciones penales, entre ellas las de delitos sexuales, en el proceso penal estaría garantizada y, por ende, su derecho a acceder a la justicia para que su causa sea oída.

Respecto de los *derechos de las personas acusadas de delitos*,³¹⁷ previstos en el art. 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en la Observación General N° 32, sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*,³¹⁸ el CDH puntualiza que:

El *derecho a ser informado “sin demora” de la acusación* exige que la información se proporcione tan pronto como una autoridad competente, con arreglo al derecho interno, formule la acusación contra una persona, o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito. La acusación puede formularse verbalmente, siempre que luego se la confirme por escrito, o por escrito, a condición de que en la información se indiquen tanto la ley como los supuestos hechos generales en que se basa la acusación. En el caso de los procesos en ausencia del acusado, pese a su no comparecencia, se tomarán todas las medidas posibles para informarle de las acusaciones y de su juicio. Esta garantía se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de personas no detenidas, mas no a las investigaciones penales que preceden a la formulación de los cargos.

³¹⁷ *Ibíd.*, párrs. 31-41.

³¹⁸ Naciones Unidas, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, vol. I, Observación General N° 32, 2007, pp. 296-318, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>.

El derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección es un elemento importante de la garantía de un juicio justo y una aplicación del principio de igualdad de medios. En caso de que un acusado carezca de medios, la comunicación con la parte letrada sólo puede garantizarse si se le proporciona un intérprete sin costo alguno. Si el acusado no habla el idioma en que se celebra el juicio, pero está representado por un abogado que conoce ese idioma, podrá bastar que se faciliten a éste los documentos pertinentes del expediente.

En cuanto a la preparación de la defensa, el CDH anota que el "tiempo adecuado" depende de las circunstancias de cada caso. Si los abogados consideran razonablemente que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, son ellos quienes deben solicitar un aplazamiento del juicio. El Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia. Existe la obligación de aceptar las solicitudes de aplazamiento que sean razonables, en particular cuando se impute al acusado un delito grave y se necesite más tiempo para la preparación de la defensa. Los "medios adecuados" deben comprender el acceso a los documentos y otras pruebas; ese acceso debe incluir todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo. Se considerarán materiales de descargo no sólo aquellos que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa (por ejemplo, indicios de que una confesión no fue hecha voluntariamente).

El derecho a comunicarse con el defensor exige que se garantice al acusado el pronto acceso a su abogado. Los abogados deben poder reunirse con sus clientes en privado y comunicarse con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Además, los abogados deben poder asesorar y representar a las personas acusadas de un delito de conformidad con la ética profesional establecida, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.

El *derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas* no sólo tiene el propósito de evitar que las personas permanezcan demasiado tiempo en la incertidumbre acerca de su suerte y, si se las mantiene recluidas durante el período del juicio, de garantizar que dicha privación de libertad no se prolongue más de lo necesario en las circunstancias del caso, sino también que redunde en interés de la justicia. Lo que es razonable deberá evaluarse en las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta principalmente *la complejidad del caso, la conducta del acusado y la manera como las autoridades administrativas y judiciales hayan abordado el asunto*. En los casos en que el tribunal niegue a los acusados la libertad bajo fianza, éstos deben ser juzgados lo más rápidamente posible. Todas las fases del proceso deben celebrarse "sin dilaciones indebidas", tanto en primera instancia como en apelación.

El *derecho a la defensa*, previsto en el apartado d) del párrafo 3 del art. 14, contiene tres garantías bien definidas: En primer lugar, el derecho de los acusados *a estar presentes durante su juicio*. Los procesos "*in absentia*" de los acusados pueden estar permitidos en algunas circunstancias en interés de la debida administración de la justicia, por ejemplo cuando los acusados, no obstante haber sido informados del proceso con suficiente antelación, renuncian a ejercer su derecho a estar presentes; en consecuencia, esos juicios son solamente compatibles con la disposición si se han adoptado las medidas necesarias para convocar a los acusados con antelación suficiente y se les ha informado de antemano de la fecha y el lugar de su juicio, solicitándoles su asistencia.

En segundo lugar, el derecho de los acusados *a defenderse personalmente o mediante un abogado de su propia elección y a ser informados de este derecho*, se refiere a dos tipos de defensa que no se excluyen mutuamente. Las personas asistidas por un abogado tienen derecho a dar instrucciones al abogado sobre cómo llevar adelante el caso, dentro de los límites de la responsabilidad profesional, y a prestar testimonio en su propio nombre. El derecho a defenderse personalmente entraña la posibilidad de que el acusado rechace la asistencia de un abogado; sin embargo, este derecho no es absoluto. En algunos juicios concretos, el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado, en particular en los casos de personas que obstruyan sustancial y persistentemente la debida conducción del juicio, o hagan frente a

una acusación grave y sean incapaces de actuar en defensa de sus propios intereses, o cuando sea necesario para proteger a testigos vulnerables de nuevas presiones o intimidaciones si los acusados fuesen a interrogarlos personalmente. Sin embargo, toda restricción del deseo de los acusados de defenderse por su cuenta tendrá que tener un propósito objetivo y suficientemente serio y no ir más allá de lo que sea necesario para sostener el interés de la justicia. Por consiguiente -anota el CDH- la legislación nacional debe evitar excluir cualquier posibilidad de que una persona se defienda en un proceso penal sin la asistencia de un abogado.

En tercer lugar, el derecho de los acusados *a que se les nombre un defensor de oficio, siempre que el interés de la justicia lo exija, y gratuitamente, si carecen de medios suficientes para pagarlo*, impone valorar, por un lado, la gravedad del delito en el momento de decidir si ha de nombrarse un abogado en "el interés de la justicia" y, por otro, si existe alguna probabilidad objetiva de éxito en la fase de apelación. En los casos sancionables con la pena capital,³¹⁹ es indiscutible que los acusados deben ser asistidos efectivamente por un abogado en todas las etapas del proceso.

A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia, como el retiro de una apelación sin consulta en un caso de pena de muerte, o la ausencia durante el interrogatorio de un testigo en esos casos, pueden entrañar la responsabilidad del Estado por violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, siempre que haya sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia. También se viola esta disposición si el tribunal u otra autoridad competente impiden que los abogados nombrados cumplan debidamente sus funciones.

³¹⁹ El art. 6 del Pacto dispone que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente; sin embargo, en países en que no se haya abolido la pena capital sólo podrá imponérsela, en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente, por los delitos más graves y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del Pacto ni de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Lo cual no será invocado por ningún Estado Parte para demorar o impedir la abolición de la pena capital. Frente a ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, el cual fue aprobado el 15 de diciembre de 1989 y entró en vigor el 11 de julio de 1991. Texto completo del documento disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-death.htm>. Cabe indicar que Ecuador se adhirió a este instrumento el 23 de febrero de 1993; en la actualidad, 76 países, de los 167 que son Partes del Pacto, son Partes de este Protocolo. Información disponible en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-12&chapter=4&lang=en.

El *derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo* es una aplicación del principio de la igualdad de medios, y garantiza a los acusados las mismas facultades jurídicas, para obligar a comparecer a testigos e interrogarlos y contrainterrogarlos, que las que tiene la acusación. Sin embargo, éste no es un derecho ilimitado pues abarca sólo el derecho a que se admita a testigos *pertinentes* para la defensa, y a tener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso; de ahí que corresponde a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que ha de ser evaluada por los tribunales.

El *derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal*, consagra otro aspecto de los principios de la equidad y la igualdad de medios en los procesos penales. Este derecho existe en todas las etapas del procedimiento oral y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Sin embargo, las personas acusadas cuyo idioma materno difiera del idioma oficial del tribunal no tendrán, en principio, derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si conocen el idioma oficial suficientemente bien para defenderse efectivamente.

Por último, el *derecho a no verse obligado a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable* debe interpretarse en el sentido de que no debe ejercerse presión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiesen culpables. El derecho interno debe establecer que las pruebas y las declaraciones o confesiones obtenidas mediante presiones quedarán excluidas de las pruebas, salvo que se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos, y que en tales casos recaerá sobre el Estado la carga de demostrar que las declaraciones de los acusados han sido hechas libremente y por su propia voluntad.

En cuanto a las *garantías mínimas* que en plena igualdad les asiste durante el proceso a las personas inculpadas del cometimiento de un delito, previstas en el numeral 2 del art. 8 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, en la *Opinión*

*Consultiva sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*³²⁰ la Corte IDH puntualizó que el art. 8 de la Convención Americana distingue entre acusaciones penales y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, y aun cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias, “estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas *garantías mínimas*. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas *garantías mínimas*. Al denominarlas *mínimas* la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”.³²¹

Sobre la primera garantía mínima, esto es, el *derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal*, en la *Opinión Consultiva relativa al Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*,³²² la Corte IDH dio algunas referencias encaminadas a su protección, cuando señaló que “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”,³²³ mediante la adopción de “medidas de compensación” que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses, sin las cuales difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Es por ello -agrega la Corte IDH- que “se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, [...]”.³²⁴ En definitiva, lo que esta garantía busca asegurar es que el desconocimiento del idioma del juzgado o tribunal no constituya un impedimento para que el inculpado ejerza su derecho a la defensa.

³²⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b), emitida el 10 de agosto de 1990, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf.

³²¹ *Ibíd.*, párr. 24.

³²² Corte IDH, *Opinión Consultiva relativa al Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra* nota 151.

³²³ *Ibíd.*, párr. 119.

³²⁴ *Ibíd.*, párr. 120.

Cabe indicar que, hasta la actualidad, la Corte IDH no se ha pronunciado sobre este derecho de los inculpados en un caso contencioso puesto en su conocimiento.³²⁵

La garantía de la *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada* la analizó la Corte IDH en el ya citado caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, en el cual quedó demostrado una restricción a la labor de los abogados defensores y una escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo. Encontrando la Corte IDH que “Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada”.³²⁶ Lo cual determinó que la Corte IDH declare que el Estado demandado violó el art. 8.2.b de la Convención Americana.

En este punto cabe recordar que la Corte IDH ha establecido que “el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”. Por lo cual -agrega- que impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. “El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo

³²⁵ Si lo ha hecho al tratarse de víctimas de delitos, como en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, en el cual la Corte IDH consideró probado que la víctima no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre actuaciones derivadas de su denuncia; tanto así que para poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a su esposo que hablaba español, lo cual la Corte IDH consideró “particularmente inapropiado” al tratarse de hechos de violación sexual. Razones, entre otras, por las cuales la Corte IDH consideró que “el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 [...]”. Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 185 y 179.iv), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf.

³²⁶ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* nota 166, párr. 141.

momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”.³²⁷

Es decir, ésta es una garantía básica para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues sólo el conocimiento previo y detallado de las razones de hecho y derecho por las cuales se acusa a una persona del cometimiento de un delito, le permitirá preparar adecuadamente su defensa.

La garantía de *concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa* también fue analizada por la Corte IDH en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, en el cual encontró que si bien el cuerpo normativo, aplicable a los casos de traición a la patria, establece que una vez producida la acusación fiscal se pondrán los autos en conocimiento de la defensa por espacio de doce horas, en el presente caso la acusación fiscal fue presentada el 2 de enero de 1994, sin embargo, los abogados defensores pudieron consultar el expediente el 6 del mismo mes y año por un lapso muy reducido, y la sentencia se dictó al día siguiente. Además, la Corte IDH señaló que, de acuerdo con la legislación aplicable, la defensa no pudo interrogar a los agentes de la policía que participaron en la fase de investigación.³²⁸ Aún más, la escasa posibilidad de ejercer una defensa efectiva del inculpado se puso más en evidencia, cuando éste “fue condenado en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir”.³²⁹ Consideraciones éstas que llevaron a la Corte IDH a declarar que, en este caso, el Estado peruano también violó el art. 8.2.c de la Convención Americana, que garantiza al inculpado la concesión de dos elementos fundamentales para la preparación de su defensa: tiempo y medios adecuados; elementos que están íntimamente vinculados, pues de nada le servirá al inculpado disponer de tiempo pero no de los medios adecuados para su defensa o, al contrario, disponer de los medios adecuados pero no del tiempo para preparar su defensa.

El *derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor* la Corte IDH lo examinó en la sentencia del caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, en la cual

³²⁷ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra* nota 259, párr. 154.

³²⁸ *Ibíd.*, párr. 138.

³²⁹ *Ibíd.*, párr. 140.

consideró que debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el inculcado “no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él”.³³⁰ Asimismo, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*,³³¹ la Corte IDH señaló que, en el procedimiento excepcional, mediante el cual fue enjuiciada y condenada la señora María Elena Loayza Tamayo, fueron “sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso”, y que estos procesos “no alcanzan los estándares de un juicio justo” ya que no reconocen garantías mínimas pues, entre otros hechos, “se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso”.³³²

Adicionalmente, en la *Opinión Consultiva sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, solicitada por la CIDH para establecer si es necesario o no que una persona indigente agote los recursos internos antes de acudir a la jurisdicción internacional, la Corte IDH puntualizó que “[...] un inculcado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que ésto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección”. Pero como la disposición “no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su *situación económica* si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente”.³³³ Por consiguiente -agrega la Corte IDH- hay que entender que “aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo”.³³⁴

En cuanto al *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el*

³³⁰ Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *supra* nota 205, párr. 83.

³³¹ Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, *supra* nota 95.

³³² *Ibid.*, párr. 62.

³³³ Corte IDH, *Opinión Consultiva sobre Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos*, *supra* nota 320, párr. 25.

³³⁴ *Ibid.*, párr. 27.

inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*,³³⁵ la Corte IDH resaltó que “la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas”. El investigado -agrega la Corte IDH- debe tener acceso a esta defensa técnica desde el momento mismo en que se ordena su investigación y, sobre todo, en la diligencia en la que se recibe su declaración. “Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”. Aún más, la Corte IDH señaló que “el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados.”³³⁶

El derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos fue objeto de análisis por parte de la Corte IDH en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, en el cual, al momento de dictar sentencia, consideró que “la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra [...], la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial”.³³⁷ Asimismo, la Corte IDH, acogiendo lo señalado por la Corte Europea, recalcó que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.³³⁸ En ese sentido, sobre la base de los hechos probados, la Corte IDH entendió que “la imposición de restricciones a los abogados defensores de las

³³⁵ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra* nota 259.

³³⁶ *Ibid.*, párr. 155.

³³⁷ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* nota 166, párr. 153.

³³⁸ *Ibid.*, párr. 154.

víctimas vulnera el derecho de la defensa, reconocido por la Convención, de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.³³⁹ Por lo cual declaró que el Estado violó el art. 8.2.f de la Convención Americana.

La violación del *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable* fue constatada por la Corte IDH en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, llegando a concluir que “Luis Alberto Cantoral Benavides fue sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas”.³⁴⁰ Esto en razón de que, sin lugar a duda razonable, cuando menos parte de los actos de agresión examinados en la causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. “Considera también la Corte IDH que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma”.³⁴¹

1.3.10. Otros derechos y garantías

Adicionalmente, tres de los instrumentos internacionales analizados establecen otros derechos y garantías como componentes del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* dispone que “en el procedimiento aplicable a los menores de edad a afectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social” (art. 14.4). Tomando en cuenta esta disposición, en la Observación General N° 32 sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, en el apartado titulado “Menores de edad”,³⁴² el CDH puntualiza que éstos deben gozar, por lo menos, de las mismas garantías y protección que el art. 14 del Pacto concede a los adultos. Recuerda, además, que los menores necesitan una protección especial, por lo que en los procedimientos penales, en particular, deben ser informados de los cargos que pesan en su contra, recibir asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa y

³³⁹ *Ibid.*, párr. 155.

³⁴⁰ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, *supra* nota 172, párr. 132.

³⁴¹ *Ibid.*, párr. 104.

³⁴² Observación General N° 32, párrs. 42-44.

ser juzgados sin demora en una audiencia con las debidas garantías, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asistencia adecuada así como en presencia de sus padres o tutores legales, a menos que se considere que ello sea contrario al interés superior del niño, en particular teniendo en cuenta su edad o situación.

Asimismo, el CDH señala que los Estados deben adoptar medidas para establecer un sistema adecuado de justicia penal de menores que garantice que éstos sean tratados de una forma compatible con su edad. Es importante establecer -dice- una edad mínima por debajo de la cual no se enjuiciará a los menores por delitos penales; esa edad deberá tener en cuenta su inmadurez física y mental. La detención antes del juicio o durante él debe evitarse en la medida de lo posible. Siempre que sea apropiado, en particular cuando se trate de rehabilitar a los menores que presuntamente hayan cometido actos prohibidos por el Derecho Penal, deberán preverse medidas distintas de los procedimientos judiciales, como la mediación entre el autor y la víctima, conferencias con la familia del autor, servicios de orientación y apoyo psicológico, servicios a la comunidad o programas educativos, a condición de que sean compatibles con los requisitos del Pacto y otras normas pertinentes de derechos humanos.³⁴³

Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, también de manera específica, establece que “la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” (art. 8.3). Acerca del alcance de esta disposición, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* la Corte IDH observa que “no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción”. Por lo que, “al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona”, necesariamente implica la obligación de excluir esta evidencia del proceso judicial. “Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción”.³⁴⁴ Por otra parte, la Corte IDH considera que “las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la

³⁴³ En Ecuador, las personas menores de 18 años de edad son inimputables penalmente; sin embargo, desde la edad de 12 años los y las adolescentes son responsables del cometimiento de infracciones penales y estarán sujetos/as a medidas socioeducativas por tal responsabilidad, conforme lo prevén los arts. 305 y 306 del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial N° 737, de 3 de enero de 2003.

³⁴⁴ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra* nota 259, párr. 166.

persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo”.³⁴⁵

Según el art. 7.c. de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, el derecho de toda persona a que sea visto su caso comprende también “el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección”; es decir, a diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.3.c.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.d.) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2.d.), que utilizan el término “defensor”, el cual alude a asistencia o representación legal de forma amplia, la Carta Africana utiliza la expresión “abogado” misma que se circunscribe a un profesional del derecho legalmente autorizado para ello, limitando el derecho a la defensa que le asiste a toda persona. Por otra parte, también a diferencia de los antes citados instrumentos internacionales, la Carta Africana no establece que el Estado deba proporcionar asistencia legal gratuita, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

En cuanto al aspecto señalado en primer orden, los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*, adoptados por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para complementar las disposiciones del art. 7, determinan que en los procedimientos relacionados con cargos penales³⁴⁶ el acusado tiene derecho a defenderse en persona o a través de “asistencia letrada de su propia elección”, siendo considerada la “representación legal” como “el mejor medio de defensa legal contra la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, con lo cual parecería que la Comisión Africana pretende ampliar el alcance del término “abogado” que se utiliza en la redacción del art. 7 de la Carta.

Con todo, los Principios y Directrices señalan que este derecho se aplica en todas las etapas de cualquier proceso penal, incluidas las investigaciones preliminares en los

³⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 167.

³⁴⁶ Principios y Directrices, acápite N, numerales 2 y 3.

que se toma declaración, los períodos de detención administrativa, el juicio y los procedimientos posteriores. Así mismo, enfatizan en el derecho del acusado a disponer de tiempo y medios para la preparación de su defensa, lo cual abarca, entre otros, el derecho a comunicarse en privado, sin demora, ni interferencias con su abogado y a intercambiar con éste información confidencial o instrucciones, en instalaciones adecuadas que preserven la confidencialidad; el derecho a consultar los documentos jurídicos que sean “razonablemente necesarios para la preparación de su defensa”; el derecho a conocer y cuestionar toda la evidencia que se puede utilizar en su contra; y, después de un juicio y antes de cualquier procedimiento de apelación, el derecho a acceder o consultar las pruebas que el órgano judicial consideró para dictar sentencia y el razonamiento aplicado para arribar a tal decisión. Sin embargo, los Principios y Directrices nada dicen con respecto a una posible asistencia legal gratuita proporcionada por el Estado, por lo que se asume que la misma es a elección del acusado y pagado con sus propios recursos económicos, independientemente de su situación jurídica o económica.

En todo caso, está en manos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ampliar el contenido del derecho al debido proceso previsto en art. 7 de la Carta Africana, conforme a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos, ya sea a través de los *Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África*, que bien podría ajustar a la realidad del continente, o a través de sus interpretaciones respecto del alcance de las disposiciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, conforme lo establecen los arts. 60 y 61 de la misma,³⁴⁷ en concordancia con sus funciones.³⁴⁸

³⁴⁷ “Artículo 60. La Comisión se basará en la legislación internacional sobre derechos humanos y de los pueblos, especialmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos referentes a los derechos humanos y de los pueblos, la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización para la Unidad Africana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos en materia de derechos humanos y de los pueblos, así como en las disposiciones de los diversos instrumentos adoptados por departamentos especializados de las Naciones Unidas de los cuales los firmantes de la presente Carta sean miembros.

Artículo 61. La Comisión también tomará en consideración como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho aplicables, otros convenios generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, prácticas africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de

En definitiva, conforme lo establecen los instrumentos internacionales analizados, el Estado tiene la obligación de garantizar, a quienes acceden a la justicia en busca de protección o reconocimiento de sus derechos u obligaciones, un conjunto de derechos y garantías institucionales que les permita el ejercicio del debido proceso; en esa medida, el cumplimiento del debido proceso garantiza a su vez la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva o, como diría en su momento Hurtado Reyes, el debido proceso “hace posible el otorgamiento de la tutela judicial efectiva”.³⁴⁹

1.4. La ejecución de las sentencias

La ejecución de las sentencias o resoluciones judiciales constituye una concreción de la efectividad como componente fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, toda sentencia emitida acorde con el debido proceso, esto es dentro de un proceso dotado de un conjunto de derechos y garantías para los justiciables, debe ejecutarse y satisfacer materialmente el derecho reconocido; la ejecución de lo ordenado por el órgano jurisdiccional que formuló tal sentencia es imprescindible para el logro de la tutela judicial efectiva.

Siendo necesario para ello que el juez o jueza que emitió tal sentencia esté investido/a de las potestades necesarias para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de modo que lo decidido llegue a concretarse en la práctica, restableciéndose de esta manera el orden jurídico alterado.

En términos de efectividad de la tutela judicial, González Pérez sostiene que ésta sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes;³⁵⁰ pero no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple.³⁵¹

los pueblos, costumbres generalmente aceptadas como normas, principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, así como precedentes legales y creencias.”

³⁴⁸ “Artículo 45. Las funciones de la Comisión serán: 1. Promover los derechos humanos y de los pueblos, y en especial: [...] b) formular y establecer principios y normas destinados a resolver problemas legales relativos a los derechos humanos y de los pueblos y a las libertades fundamentales en los que los gobiernos africanos puedan basar sus legislaciones. [...] 3. Interpretar todas las disposiciones de la presente Carta a petición de un Estado firmante, de una institución de la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA.”

³⁴⁹ Martín Hurtado Reyes, *op. cit.*, pp. 47-48.

³⁵⁰ Jesús González Pérez, *op. cit.*, p. 163.

³⁵¹ Jesús González Pérez, *op. cit.*, p. 337.

En el mismo sentido, Chamorro Bernal afirma que la efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela judicial y, haciendo suyas las expresiones del Tribunal Constitucional español, expresa que una tutela que no fuere efectiva, por definición no sería tutela, pues de nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no se llevaran a la práctica.³⁵²

Respecto a la ejecución de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales de los Estados o de la efectividad de la tutela judicial que estos aseguren a sus nacionales, ninguno de los instrumentos internacionales analizados ha incorporado alguna disposición expresa, salvo la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su art. 25, al regular el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, “que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”, dispone que los Estados Partes se comprometen a “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”, (art. 25.2.c.). Es decir, la Convención Americana se centra en la ejecución de las sentencias y la efectividad de la *tutela judicial de carácter individual* que se asegura mediante las garantías constitucionales (acciones de protección, *habeas corpus*, acceso a la información pública, *hábeas data*, por incumplimiento y extraordinaria de protección, en el caso de Ecuador), pero nada dice respecto de la efectividad de la *tutela judicial de carácter general*, cómo derecho de toda persona al acceso a la justicia y al debido proceso, particularmente, el acceso a la justicia y al debido proceso penales.

Sin embargo, ampliando el alcance del art. 25.2.c., en la sentencia del caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, el juez Cançado Trindade en su voto concurrente agregó que, “[...] las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sólo emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas” de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.2.c de la Convención Americana, visualizándose “un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico -en los planos tanto nacional como internacional- que efectivamente

³⁵² Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 276.

salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana”.³⁵³ Es decir, el cumplimiento efectivo de las sentencias es, siguiendo a Cançado Trindade, un derecho que salvaguarda los derechos de las personas, en este caso, de quien a cuyo favor el órgano jurisdiccional emitió sentencia. Derecho que a su vez es un componente fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, sin el cual no habría tal tutela.

En la justicia europea, en el caso *Hornsby vs. Grecia*,³⁵⁴ el TEDH ha dicho que el derecho que garantiza el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales “sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una decisión judicial firme y definitiva permanezca inoperante en perjuicio de una de las partes”. Asimismo -agrega el TEDH- sería inconcebible que el art. 6.1 “describiera detalladamente las garantías procesales otorgadas a los litigantes -equidad, publicidad y celeridad- sin proteger la ejecución de las decisiones judiciales”; interpretar que este artículo “se refiere exclusivamente al acceso a un tribunal y el desarrollo del proceso, podría conducir a situaciones incompatibles con el principio de la preeminencia del derecho que los Estados contratantes se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio”. Por lo tanto -concluye- “la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal debe considerarse parte integrante del ‘juicio’ a los efectos del artículo 6”; es decir, en la línea del TEDH, no solo se debe juzgar sino ejecutar lo juzgado, como un todo.

En definitiva, la efectividad de la tutela judicial garantiza que la sentencia o respuesta jurídica que puso fin al proceso se cumpla, es decir, pueda hacerse efectiva y llevarse a la práctica, y que la parte que obtuvo la protección o reconocimiento de sus derechos u obligaciones a través de tal sentencia sea repuesta en su derecho y, si hubiere lugar, compensada por el daño sufrido; por ello no tendría ningún sentido garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso si el mandato de la sentencia emitida no se cumple.

³⁵³ Corte IDH, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 3, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf.

³⁵⁴ HUDOC, caso *Hornsby vs. Grecia*, sentencia de 19 de marzo de 1997, demanda N° 18357/91, párr. 40, en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-58020\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).

1.5. Definición de tutela judicial efectiva a la luz de la normativa y jurisprudencia internacionales

En el desarrollo de este capítulo se constata que los instrumentos internacionales analizados utilizan términos como “proceso equitativo”, “juicio justo”, “garantías judiciales”, “debido proceso penal” o “protección jurídica” para referirse a lo que, en conjunto con otros elementos, se denomina en la actualidad “tutela judicial efectiva”. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos agrupa a todos los componentes o elementos de la tutela judicial en un solo instituto, lo cual dificulta la comprensión del alcance de este derecho y su definición.

Se constata además que la mayoría de los instrumentos internacionales analizados reconocen a la tutela judicial efectiva (encarnada en los denominados “proceso equitativo”, “juicio justo”, “garantías judiciales”, “debido proceso penal” o “protección jurídica”) como un derecho humano fundamental que, en el campo penal, les asiste a los inculcados o procesados de infracciones penales; y que ha sido la jurisprudencia de los órganos con funciones jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, encargados de la interpretación y aplicación de estos instrumentos, la que ha establecido que la tutela judicial efectiva también les asiste a las víctimas de dichas infracciones penales o, en general, a las víctimas de violaciones de derechos humanos, proporcionando mayores elementos para determinar el alcance de este derecho.

El desarrollo doctrinario del derecho a la tutela judicial efectiva ha llegado a establecer que se trata de un derecho de protección que le asiste a quienes acceden a un proceso y que le compete garantizar a los órganos jurisdiccionales; derecho que se verifica en tres momentos distintos: - en el acceso a la justicia; - en el proceso ya iniciado (sobre la base del debido proceso); y, - una vez dictada sentencia, en el momento de la ejecución y efectividad de las sentencias o pronunciamientos judiciales.

En el campo normativo, los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tienen como característica en común, que reconocen la tutela judicial efectiva sobre la base de tres componentes: - El

derecho de toda persona *a ser oída* con determinadas garantías; - La presunción de inocencia; y, - El respeto de derechos mínimos para los acusados. Con la salvedad de que el art. 7 de la Carta Africana no utiliza el término *ser oída* sino la expresión *sea visto su caso* y que, a diferencia de los otros instrumentos, regula escasamente el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como se señaló en su momento.

En relación al derecho de toda persona *a ser oída*, éste ha sido entendido por la Corte IDH como el derecho “a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”. Componente al cual, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (acorde con el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) agrega el derecho a la *igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. Por su parte, el art. 2.c. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer propugna la protección de la mujer contra todo acto de discriminación dentro de un proceso o actuación pública, dando por sentado su acceso a la justicia.

Cabe indicar que los instrumentos analizados en este capítulo hacen énfasis en el proceso ya iniciado, básicamente en los principios, derechos y garantías que integran el debido proceso, en menor medida en el acceso a la justicia y casi nada en relación a la ejecución de las sentencias.

Siendo la Corte IDH la instancia judicial que mayores aportes ha dado para el desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva y sus componentes, el cual comprende también el derecho de las víctimas y de sus familiares a que se investiguen los hechos, a que se siga un proceso contra los responsables de los mismos, a que se les imponga a éstos las sanciones pertinentes, a que se indemnicen los daños y perjuicios por ellos sufridos, a que se difunda la verdad de los hechos como una forma de reparación y a que se tomen medidas para evitar que estos hechos se vuelvan a repetir en el futuro; es decir, el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En cuanto a la definición del derecho a la tutela judicial efectiva es la CIDH el único órgano que, dentro de sus competencias, ha hecho un intento por definir este

derecho. Así, en su informe emitido en el caso *Francisco Palacios vs. Argentina*³⁵⁵ estableció que “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”. Es decir, para la CIDH, más que un derecho la tutela judicial efectiva es un *principio* que orienta el acceso a la justicia y la tramitación de los procesos judiciales, como un resguardo de las personas frente al poder público.

En definitiva, el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido como comunes para la víctima y la persona procesada los siguientes derechos y garantías judiciales: igualdad ante los tribunales, acceso a la justicia y defensa en juicio (sobre la base del debido proceso) e imparcialidad de los jueces.³⁵⁶ Adicionalmente, de forma específica, a la víctima le asiste el derecho a la verdad procesal (conocer lo que sucedió), el derecho a la justicia (investigación y sanción) y el derecho a la reparación adecuada por el daño sufrido³⁵⁷; y, a la persona procesada, los

³⁵⁵ CIDH, caso *Narciso Palacios vs. Argentina*, caso N° 10.194, Informe N° 105/99 de 29 de septiembre de 1999, párrs. 56 y 57.

³⁵⁶ Véase, en este sentido a José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 23 y ss.

³⁵⁷ La verdad, la justicia y la reparación son también los ejes del enfoque de la *justicia restaurativa*; sin embargo, desde esta justicia -que privilegia la participación activa de la víctima, del infractor y de cualquier persona afectada por un delito en la resolución de las cuestiones derivadas de tal delito- se han planteado varios cuestionamientos a la justicia clásica retributiva, entre ellos, la capacidad del proceso penal para generar verdad y reparación adecuada a las víctimas. En ese sentido sus defensores sostienen que el proceso penal convencional -que en algunos casos supone una experiencia dolorosa para las víctimas- se enfoca en la búsqueda de la “verdad formal” más no en la verdad material, por lo que en no pocas ocasiones la víctima se siente engañada respecto de los hechos investigados, generando sentimientos de impotencia o, peor aún, de venganza; al contrario de la justicia restaurativa que busca e incentiva la verdad y la orienta hacia “la superación del problema, a la reparación del daño y a la responsabilización del autor”, al tiempo que atiende las necesidades reales de las víctimas. “El derecho a la verdad forma parte de la reparación debida. Solamente desde la verdad se puede reparar adecuadamente, se superan los miedos y se pacifica la convivencia de manera duradera; sólo desde la verdad se individualiza justa y útilmente la respuesta penal. Se trata de [...] conocer la verdad material y no sólo la procesalmente relevante, de ahondar en las consecuencias materiales y morales de todo proceso penal, de lo que supone para las personas y sus circunstancias más allá de lo que pueda constar en los autos y expedientes judiciales. [...]”. Cfr. Julio A. Sampietro-Arrubla, “La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal”, en *The International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, N° 17, julio-diciembre de 2010, pp. 87-124, en <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n17/n17a04.pdf>; y, Julián C. Ríos Martín y Alberto J. Olalde Altarejos, “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de*

otros derechos y garantías judiciales que profusa o acotadamente, según el caso, han sido introducidos en los instrumentos internacionales analizados y en la jurisprudencia correspondiente.³⁵⁸

En suma, con los elementos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales analizados en este capítulo se puede establecer que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *la tutela judicial efectiva es el derecho de toda persona a tener acceso, en condiciones de igualdad, a los órganos jurisdiccionales competentes, independientes e imparciales, establecidos por la ley, para la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o por el perjuicio ocasionado a ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil o de cualquier otro; a través de un proceso que respeta derechos y garantías mínimos, reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, desde el momento de acceder al mismo, durante su tramitación y una vez dictada sentencia, hasta su completa ejecución.*

Mediación, Madrid, N° 8, 2° semestre 2011, pp. 10-19, en <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-8-01.pdf>.

³⁵⁸ Esto es, como “mínimo”, el derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; a ser juzgado sin dilaciones indebidas; a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL REFERENTE A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE INFRACCIONES PENALES Y DE VIOLENCIA SEXUAL: CÓMO SE DEFINE Y PROTEGE A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES A NIVEL INTERNACIONAL

Aunque las víctimas de, lo que ahora llamamos, delitos o infracciones penales han existido desde los orígenes de las sociedades, su protección jurídica es relativamente reciente; las Ciencias Penales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ocuparon de ellas mucho tiempo después de que centraron su atención en el infractor.

Como señala García-Pablos, el interés por la víctima como objeto de la Criminología -y la elaboración científica de una teoría de la víctima- es un hecho reciente que tiene lugar a partir de la segunda guerra mundial,³⁵⁹ el cual dio como resultado el surgimiento de la Victimología como disciplina científica que se ocupa del estudio de las víctimas del delito,³⁶⁰ disciplina que ha tenido un proceso evolutivo desde su génesis.

Hasta la consolidación de la Victimología como ciencia, la víctima había sido ignorada por el Derecho Penal, el Derecho Procesal, la Política Criminal y la Criminología; la víctima, en el mejor de los casos, inspiraba sólo compasión.³⁶¹ Antes de esta consolidación únicamente la cuestión resarcitoria, de índole económica, fue objeto de cierta reflexión, aunque subordinada ésta a la “construcción prioritaria de una doctrina aceptable en torno al papel de la pena y la función del Estado en la represión del delito”.³⁶²

³⁵⁹ Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 3ª ed., p. 79.

³⁶⁰ La Victimología para algunos autores (Ellenberger, Goldstein, Abrahamsen, Yamarellos y Kellens, Fattah, Amelunxen, Góppinge, Cornil, Vetter y Silverman, Naguel, Gulotta y Neuman -aunque con cautela-) es una rama de la Criminología y para otros (Mendelsohn, Holyst, Drapkin, Separovic, Young-Rifai, Aníyar -aunque con reservas-, Ramírez González) es una ciencia independiente. Cf. Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología Estudio de la Víctima*, México D.F., Porrúa, 1998, 2ª ed., pp. 14-20.

³⁶¹ Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, pp. 111-112.

³⁶² Myriam Herrera Moreno, “Historia de la victimología”, en Enrique Baca, Enrique Echeburúa y Josep Tamarit Sumalla, coords, *Manual de Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 55.

A mediados del siglo XX, frente a las experiencias mundiales de masivas victimizaciones, se gestan las tesis de los llamados Padres de la Victimología: Hans Von Hentig y Benjamín Mendelsohn, las cuales constituyen el sustento teórico de la primera escuela victimológica (tradicional, convencional o positivista).³⁶³

Von Hentig, en su obra *El criminal y su víctima* (1948), desarrolló el rol de la víctima y su contribución al hecho delictivo; para ello, sobre la base de variables psicológicas y sociológicas, describió la existencia de diversos tipos de víctimas. Mendelsohn siguió la línea de pensamiento de Von Hentig pero realizó la clasificación en base a la culpabilidad de la víctima en la producción del delito, aunque esta idea de la culpabilidad de la víctima llevaba una carga mayor que la idea de contribución asentada por Von Hentig.³⁶⁴ Ellemberg y Wolfgang siguieron los pasos de Von Hentig y Mendelsohn acentuando la interacción autor-víctima.³⁶⁵ Al respecto, Larrauri Pijoan puntualiza que Wolfgang acuñó el concepto de *precipitación victimal* para describir aquellos supuestos en los que la víctima había sido la primera en utilizar la violencia, concepto que intentó aplicarse también a los delitos de robo y violación; lo cual, sobre todo en el caso del delito de violación, generó críticas a la victimología convencional por desarrollar una política de “culpar a la víctima”.³⁶⁶

Junto a la victimología convencional surgió en la década de los ochenta del siglo pasado una *nueva victimología* que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, por su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del infractor.³⁶⁷ El surgimiento de esta nueva victimología, como apuntan en sus respectivos estudios Larrauri Pijoan y García-Pablos, se debe, entre otras razones, al ímpetu del movimiento feminista que señaló el alto grado de victimización sufrido por las mujeres,³⁶⁸ principalmente en el plano de la violencia sexual y física, y que impulsó numerosas investigaciones teóricas y

³⁶³ Myriam Herrera Moreno, “Historia de la victimología”, *op. cit.*, p. 62.

³⁶⁴ Elena Larrauri Pijoan, “Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”, en Juan Bustos Ramírez y Elena Larrauri Pijoan, *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)*, Barcelona, PPU S.A, 1993, 1ª ed., p. 78.

³⁶⁵ Antonio García-Pablos de Molina, *op.cit.* p. 123.

³⁶⁶ Elena Larrauri Pijoan, “Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”, *op.cit.*, pp. 78-79.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 79.

³⁶⁸ *Ibid.*, pp. 79-80.

concretos programas de asistencia a aquellas, lo cual sirvió de modelo a otros colectivos con altos riesgos de victimización.³⁶⁹

En la actualidad, las nuevas orientaciones victimológicas se enfocan en el proceso de *victimización* y en la *vulnerabilidad* de la víctima.

Para Morillas Fernández, la victimización es el “proceso en virtud del cual una persona o grupo llega a convertirse en víctima”,³⁷⁰ por ende abarca un análisis cronológico desde antes de la afectación, de la naturaleza de la afectación y después de la afectación.³⁷¹ Según Tapia Gómez, “no es únicamente un rasgo de la particular experiencia de la víctima, sino un complejo proceso social que hace alusión a la construcción de las relaciones de poder entre los individuos de la sociedad y la forma de Estado”.³⁷² Fattah acota que la victimización “es una experiencia individual, subjetiva y culturalmente relativa”;³⁷³ lo cual se explica desde los distintos tipos de victimización que orientan sobre las consecuencias del hecho traumático en la víctima, entre los que se distingue la victimización primaria y la victimización secundaria.

La *victimización primaria* es el proceso por el que una persona sufre, de modo directo o indirecto, los efectos e impactos nocivos derivados del delito o hecho traumático;³⁷⁴ proceso que refleja la experiencia individual de la víctima y las diversas consecuencias perjudiciales primarias o iniciales producidas por el delito, de índoles

³⁶⁹ Antonio García-Pablos de Molina, *op.cit.*, p. 117.

³⁷⁰ David L. Morillas Fernández, Rosa M., Patró Hernández y Marta M., Aguilar Cárcelos, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011, p. 88. En el mismo sentido, Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la Víctima*, México, Editorial Porrúa, 1989, 2ª ed., p. 73.

³⁷¹ David L. Morillas Fernández, Rosa M., Patró Hernández y Marta M., Aguilar Cárcelos, *op. cit.*, p. 88.

³⁷² Ariel A. Tapia Gómez, *Crítica de la victimización la construcción social de las víctimas*, s.f., p. 1, en <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/contenido-victimizacion.pdf>.

³⁷³ Ezzat A. Fattah, “Victimología: pasado, presente y futuro”, trad. al español por María del Mar Daza Bonachela, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 16-r2, 2014, p. r2:10, en <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>.

³⁷⁴ David L. Morillas Fernández, y otros, *op. cit.*, p. 118. Estos efectos e impactos dependen en buena medida, entre otras variables, del tipo de delito, de su estructura y particularidades. Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 146. En el caso de delitos de naturaleza sexual, cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes, los impactos dependen del tipo de acto sexual, de la utilización de fuerza o violencia por parte del agresor, de la duración y frecuencia de los abusos sexuales, de la relación con el agresor, de la edad en que el niño, niña o adolescente comenzó a ser víctima de la violencia sexual, del funcionamiento familiar, de la reacción de la familia, la sociedad y las instituciones de apoyo ante la revelación por parte del niño, niña o adolescente de que fue objeto de violencia sexual. Ainara Jauregui Sansinenea, *El “círculo víctimal” en la victimización sexual infantil*, Universidad del País Vasco, 2015, pp. 23-25, en <http://www.siiis.net/documentos/ficha/507008.pdf>.

física, económica, psicológica o social.³⁷⁵ La *victimización secundaria* o *revictimización* se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal³⁷⁶ y con determinados servicios públicos o instancias que, lejos de darle atención, protección o asistencia, incrementan sus padecimientos; es decir, esta victimización es consecuencia del vínculo necesario que la víctima tiene con los operadores del sistema penal y otros servidores, en su búsqueda de justicia.

La *vulnerabilidad* de la víctima es definida por García-Pablos como el riesgo que corre una persona o colectivo de personas determinadas de convertirse en víctima de ciertos delitos.³⁷⁷ Dussich acota que éste es un estado de riesgo previo a la victimización real.³⁷⁸ A criterio de Marchiori la vulnerabilidad comprende para la víctima no poder percibir el peligro de la agresión, no poder defenderse y no poder solicitar ayuda o tener posibilidades de reaccionar.³⁷⁹ Existen factores de diferente índole (biológicos,

³⁷⁵ Gerardo Landrove Díaz, *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 43-44. Las consecuencias físicas son las producidas directamente por la comisión del delito en la salud e integridad física de la víctima: lesiones físicas, discapacidad o enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados y abortos en condiciones de riesgo, en el caso de delitos sexuales. Las consecuencias económicas se refieren a la pérdida material o financiera relacionada con el cometimiento del delito (robo, estafa), al dinero y tiempo invertidos en trámites judiciales y/o en la recuperación de la víctima, en caso de que requiera de tratamiento médico y/o psicológico. Las consecuencias sociales aluden al relacionamiento de la víctima con la sociedad y de la sociedad con la víctima, a raíz del hecho violento: la necesidad de aislamiento social o de desconfianza hacia los demás que pueden llegar a experimentar algunas víctimas y la respuesta que la sociedad da a éstas frente a su estado de victimización; en este último escenario, en el caso de violencia sexual, en particular del delito de violación, las víctimas pueden ser estigmatizadas, rechazadas y discriminadas por la comunidad/sociedad e, incluso, por su familia, lo que acarrea consecuencias en su vida pública y privada; peor aún si producto de la violación resulta embarazada, trastocándose con ello su proyecto de vida. Las consecuencias psicológicas son aquellos síntomas o emociones negativas derivados directamente del delito cuya intensidad dependerá de la naturaleza de éste. En el caso de delitos violentos, García-Pablos de Molina refiere que la víctima de estos hechos padece sentimientos de humillación, ira vergüenza e impotencia; preocupación constante por el trauma; autoculpabilización; pérdida progresiva de autoconfianza; quiebra de su confianza en los demás y en la existencia de un orden justo; falta de interés y motivación hacia actividades y aficiones previas; incremento de su vulnerabilidad y pérdida de control de su propia vida; disminución de la autoestima; ansiedad, depresión, agresividad; alteraciones del ritmo y contenido del sueño; disfunciones sexuales; dependencia y aislamiento; cambio drásticos en el estilo de vida, entre ellos, miedo a acudir a los lugares de costumbre, etc. En las víctimas de violencia sexual, en particular en las del delito de violación, genera de forma inmediata síntomas de trastorno de estrés postraumático y, a menudo, secuelas psicológicas a largo plazo. Antonio García-Pablos de Molina, *op.cit.*, pp. 139 y 143.

³⁷⁶ Gerardo Landrove Díaz, *op. cit.*, p. 44.

³⁷⁷ Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 132.

³⁷⁸ John Dussich, “La importancia de la vulnerabilidad para la Victimología”, en Hilda Marchiori, coord., *Vulnerabilidad de las Víctimas*, Serie Victimología, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2012, 1ª ed., p. 11.

³⁷⁹ Hilda Marchiori, “Vulnerabilidad y procesos de victimización post-delictivo. El derecho a la reparación”, en Hilda Marchiori, coord., *Victimología. Vulnerabilidad de las Víctimas*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, 2012, p. 47.

biográficos, sociales o personales) moduladores de la vulnerabilidad de las víctimas³⁸⁰ en base a los cuales se han desarrollado diferentes tipologías de construcción victimológica;³⁸¹ entre estos factores se encuentran la edad, el estado físico o psíquico, la raza, la orientación sexual y el sexo de la víctima.³⁸² En relación a este último factor, algunas conductas típicas, como la violencia sexual, precisan, especialmente aunque no necesariamente, la condición de mujer en la víctima. La vulnerabilidad de las víctimas requiere de los poderes públicos la adopción de medidas reforzadas de tutela de sus derechos y necesidades.³⁸³

En este marco, el movimiento feminista señala que, en el caso de la violencia contra las mujeres, existe una victimización generada por las *relaciones de género* o de dominio que, sobre la base de construcciones sociales y culturales, sitúan a hombres y mujeres de forma desigual en la sociedad, les asignan roles, derechos y obligaciones de acuerdo al género, desvalorizan lo femenino y colocan a las mujeres en una posición de inferioridad y subordinación respecto al conjunto de los hombres; convirtiendo el hecho de ser mujer en la base de la violencia hacia ellas. Así, la violencia contra la mujer por el hecho de ser tal, también llamada violencia de género,³⁸⁴ es un instrumento para

³⁸⁰ Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 75-77.

³⁸¹ En profundidad véase a Myriam Herrera Moreno, “Victimación. Aspectos generales”, en Baca, Enrique, Echeburúa, Enrique y Tamarit, Josep Ma. coords., *Manual de Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 79-88.

³⁸² Gerardo Landrove Díaz, *op. cit.*, p. 42.

³⁸³ Sobre la base de la experiencia acumulada en el trabajo en defensa de las víctimas del delito, Irvin Waller identifica siete necesidades fundamentales de las víctimas: reconocimiento y apoyo emocional; información sobre la justicia penal, el caso, los servicios y la recuperación; asistencia para obtener acceso a servicios prácticos, médicos y sociales; ayuda para pagar las cuentas generadas por su victimización; seguridad personal y protección frente a los acusados; tener voz ante la justicia, participar en el proceso y ser representada en el mismo; y, mejora en la seguridad pública. Además identifica ocho derechos inalienables que les asiste a las víctimas respecto de los cuales existe consenso a nivel internacional, a saber: derecho al reconocimiento como personas a las que se les ha vulnerado sus derechos y que requieren prioridad de parte de las agencias del orden público en la atención de sus necesidades; derecho a la información; derecho a la asistencia, esto es a recibir ayuda psicológica y servicios; derecho a la reparación para compensar la pérdida; derecho a estar protegida del acusado; derecho a la participación y representación dentro del proceso; derecho a medidas efectivas para reducir la victimización o prevenir la futura violencia; y, derecho a la aplicación de un plan de acción integral e inversión que permita equilibrar la justicia en su favor. Cfr. Irvin Waller, *Derechos para las víctimas del delito. Equilibrar la justicia*, México, INACIPE, 1ª. ed., trad. de Dubravka Suznjevic, 2013, pp.63-69 y 72-78.

³⁸⁴ Se entiende por violencia de género “el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. Ésta se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos”. Nieves, Rico, *Violencia de género*:

mantener la discriminación, la desigualdad, el control y el dominio de los hombres sobre las mujeres, en todo el ciclo de sus vidas. En este tipo de violencia el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el sólo hecho de ser mujer.

Una de las manifestaciones más claras de la violencia de género³⁸⁵ es la *violencia sexual* en sus diversas formas: violación, incesto, acoso sexual, explotación sexual, entre otras; siendo las mujeres y las niñas sus principales víctimas. En una comprensión amplia, la violencia sexual es el “ataque o invasión al cuerpo de las mujeres, donde no existe una relación entre iguales que consienten”, y en cuyo ejercicio se plasman relaciones de poder que se ejercen en el cuerpo de éstas;³⁸⁶ cuerpos que han sido cosificados, hipersexualizados y mercantilizados en la sociedad actual.

Esta victimización de las mujeres por el hecho de ser tales, o por lo que significa ser mujer en la cultura imperante socialmente, conlleva, a su vez, en el caso de las víctimas de violencia sexual, a una *victimización sexual* o victimización en razón del sexo.

La Relatora Especial Radhika Coomaraswamy, en su *Informe Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias*, sostiene que “todas las formas de violencia sexual contra la mujer son métodos empleados para su sometimiento mediante el control de su sexualidad por la violencia, el miedo y la intimidación”,³⁸⁷ lo que la convierte en un arma para degradar y aterrorizar a la mujer.

un problema de derechos humanos, Serie Mujer y Desarrollo 16, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Unidad Mujer y Desarrollo, Naciones Unidas, 1996, p. 8. Como bien puntualiza María Ángeles Barrére, la expresión violencia contra las mujeres o violencia de género no puede ser interpretada como una especie de meros hechos aislados e individualizados, sino que, por el contrario, ha de ser interpretada en clave política, esto es, en clave de reconocimiento de un “sistema” que instituye estructuras y relaciones injustas de poder -entre otras- en forma de violencia. María Ángeles Barrére, “Género, discriminación y violencia contra la mujeres”, en Patricia, Laurenzo, María Luisa, Maqueda y Ana, Rubio, coords., *Género, Violencia y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 29.

³⁸⁵ La violencia de género se manifiesta, entre otras formas, a través de la violencia intrafamiliar (incluida la violencia en la relación de pareja), la trata con fines de explotación sexual, la prostitución forzada, la mutilación genital, el femicidio.

³⁸⁶ Roxana Arroyo y Lola Valladares, “Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, compilador y compiladoras, *El Género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, 1ª ed., p. 407.

³⁸⁷ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1997/47, *Informe de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias*, párr. 18, en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/050029d64a9be597802566b2004dc48d?Opendocument>.

La violencia sexual vulnera derechos humanos y libertades fundamentales: el derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a la integridad personal y a no ser sometida a torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes; el derecho a la libertad; el derecho a la seguridad; el derecho a la intimidad personal; el derecho a decidir sobre la sexualidad y la reproducción.

Diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos han consagrado una serie de derechos que les asiste, dentro del proceso penal, a las víctimas de delitos, entre ellos los de naturaleza sexual.

En el presente capítulo se analizará un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos que garantizan la protección a las víctimas de infracciones penales en general, y de violencia sexual, en particular. A partir de este análisis se establecerá cómo se define y protege a las víctimas de delitos sexuales a nivel internacional.

2.1. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder

El 29 de noviembre de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas, consciente de que “millones de personas en el mundo sufren daños como resultados de delitos y del abuso de poder y de que los derechos de esas víctimas no han sido reconocidos adecuadamente,” aprobó la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*³⁸⁸ (en adelante la Declaración), con el objeto de ayudar a los gobiernos y a la comunidad internacional en sus esfuerzos por garantizar el acceso a la justicia y la asistencia a las víctimas de delitos y de abuso del poder durante el proceso judicial, reducir la victimización y minimizar los obstáculos que puedan enfrentar estas víctimas en su lucha por la obtención de justicia.

Esta Declaración fue el primer instrumento internacional diseñado específicamente para abordar los derechos y los intereses de las víctimas en la administración de la justicia, constituyéndose en un “pilar” en el establecimiento de los derechos jurídicos de las víctimas bajo el Derecho Internacional de los Derechos

³⁸⁸ Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, en <http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/40/34>.

Humanos, a partir del cual se han desarrollado otros instrumentos internacionales de esta naturaleza.

La Declaración está destinada a regular la posición de las víctimas ante los sistemas penales nacionales, aunque sus principios generales son aplicables tanto en los sistemas penales nacionales como en el sistema internacional. Su contenido se desarrolla en dos títulos: el primero, referente a las víctimas de delitos; y, el segundo, relativo a las víctimas del abuso del poder. El primer título, a su vez, incluye los siguientes derechos: acceso a la justicia y trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia.

La Declaración **define a las víctimas** como las “personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”; independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador, o, de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, según el caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Es decir, esta definición amplía el espectro de protección a las víctimas que hayan sufrido las consecuencias -cualquiera que éstas fueren- de delitos o abuso del poder establecidos en la legislación penal interna del país del cual son nacionales; introduciendo tres parámetros innovadores para dicha protección, a saber: primero, que producto de estas violaciones las personas pueden sufrir un daño individual o colectivamente, esto es, que existen víctimas individuales y colectivas; segundo, que estas violaciones pueden causar varios tipos de daños o pérdidas como consecuencia de acciones u omisiones; y, tercero, que las víctimas de estas violaciones pueden ser directas e indirectas, y que estas últimas también tendrán derecho a una reparación.

Las disposiciones de esta Declaración son aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea “de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico”.

Consecuentemente, estas disposiciones, por su carácter universal, son aplicables tanto en los Estados que cuentan con un sistema basado en el derecho anglosajón (*common law*) como en los que disponen de fuente del derecho civil o continental europeo (*civil law*); dependiendo del rol que cada uno de estos sistemas le otorga a las víctimas dentro del proceso penal (generalmente, limitado al de testigo, en el primero de ellos, o con una participación más activa o significativa, en el segundo).

En relación al *acceso a la justicia y trato justo* la Declaración dispone: por un lado, que las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad; y, por otro, que tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. Además, se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, “mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles”. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

Asimismo, la Declaración dispone que se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, de la siguiente manera: - Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; - Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;³⁸⁹ - Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante

³⁸⁹ La Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba-Argentina, en el *Manual de Justicia sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder*, elaborado por resolución 1996/14 de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, puntualiza que cuando la Declaración fue adoptada, las reservas que algunas jurisdicciones tenían contra la participación directa de las víctimas fueron anotadas, entre ellas se señaló que la formulación de este párrafo contempla opciones diferentes respecto a “permitir presentar y considerar la visión y preocupaciones de las víctimas”. Al respecto, se indica que no hay referencia explícita a ningún rol por parte de la víctima; la “visión y preocupaciones de las víctimas” podrían, por ejemplo, ser presentadas por el fiscal. Segundo, hay muchas formas por las cuales la visión y preocupaciones de las víctimas pueden ser “presentadas y consideradas” sin su presencia

todo el proceso judicial; - Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; y, - Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

También se establece que, cuando proceda, se utilizarán mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas; es decir, la Declaración introduce el enfoque restaurativo³⁹⁰ en el tratamiento de las víctimas de delitos en la administración de justicia penal.

En orden al *resarcimiento* se señala que éste comprenderá: la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Los “delincuentes”³⁹¹ o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo.

Adicionalmente, se establece que los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales. Por otra parte, la Declaración establece que cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen “a

física o, de hecho, su representación. Tercero, el inciso se refiere sólo a las instancias “adecuadas”, dejando a las jurisdicciones individuales decidir cuáles son esas instancias. Finalmente, el párrafo considera que esta correspondencia debería ser “compatible con el sistema judicial penal nacional pertinente”. Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba-Argentina, *Manual de Justicia sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder*, Córdoba, International Victimology Website, s.f., p. 43, en <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/12-A-4.pdf>.

³⁹⁰ El enfoque restaurativo se centra en la reparación de los efectos nocivos del delito con la participación activa de las víctimas, los victimarios y la comunidad. Sobre el tema véase, Virginia Domingo de la Fuente, “Justicia restaurativa como derecho de las víctimas”, en *Revista jurídica de Castillo y León*, N° 41, enero 2017, en <http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100DetalleFeed/1248367026092/Publicacion/1284704738165/Redaccion>; y, Álvaro E. Márquez Cárdenas, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, vol. X, N° 20, julio-diciembre, 2007, pp. 201-212, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602012>.

³⁹¹ Por fidelidad con el texto de la Declaración se utiliza el término “delincuente”, término que, desde el enfoque de derechos humanos, es estigmatizante para referirse a las personas en conflicto con la ley penal.

título oficial o cuasioficial” hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

En la parte de la *indemnización* se puntualiza que, cuando no sea suficiente la indemnización procedente del “delincuente” o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: - A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; y, - A la familia, en particular a las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

En cuanto a la *asistencia* se dispone que las víctimas reciban la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado, la capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores relacionados con su raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

En el segundo título, relativo a las víctimas del abuso de poder, ratificando el alcance de la definición de víctimas del delito consignada en un inicio, la Declaración establece que, por “**víctimas**” de abuso del poder se entenderá a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales,

sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones “que no lleguen a constituir violaciones del Derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”. Al mismo tiempo, se recomienda a los Estados considerar la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular -agrega la disposición- esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios. Finalmente, a este respecto, la Declaración dispone que los Estados deben revisar periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, asimismo establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

En definitiva, sobre la base de lo anotado, la adopción de esta Declaración representó un trascendental avance en el reconocimiento de los derechos de las víctimas en los procedimientos de justicia penal, tales como el derecho al acceso a la justicia, el derecho a ser tratadas con respeto y dignidad, el derecho a la protección y a la asistencia durante el proceso y el derecho a la reparación; aún más, su contenido ha sido el cimiento de los derechos de las víctimas en el Derecho Internacional.

En relación a la aplicación de esta Declaración, es importante señalar que la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos³⁹² aprobó el 10 de julio de 2008 las

³⁹² La Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos es una entidad sin fines de lucro que integra a los Ministerios Públicos de Iberoamérica con el objetivo de estrechar los vínculos de cooperación, solidaridad y enriquecimiento profesional recíprocos entre sus miembros y fomentar el establecimiento de estrategias comunes frente a los problemas que afectan a los Ministerios Públicos. Fue fundada en 1954, en Brasil, como Asociación Interamericana de Ministerios Públicos, posteriormente en 2002, con la incorporación de España y Portugal, pasó a denominarse Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. Actualmente está conformada por 21 Ministerios Públicos y/o Fiscalías de Iberoamérica. Los países que la componen son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Información disponible en <http://www.aiamp.net/>.

Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos,³⁹³ documento que ha sido calificado como el instrumento operativo más importante que existe en la actualidad a nivel internacional sobre atención y protección a víctimas y testigos que se enfrentan a la justicia penal, el cual recoge íntegramente los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, con mandatos específicos para los Ministerios Públicos de Iberoamérica en relación a la protección de los derechos a la información, seguridad y compensación de la víctima; la formación de operadores en materia de protección a víctimas; la participación de la víctima durante todas las fases del proceso penal; la protección específica que requieren determinadas víctimas como: niños, niñas y adolescentes, víctimas extranjeras, indígenas, de trata de personas, de terrorismo, de escenarios bélicos, de violencia social y asimilados; y, la aplicación de medidas alternativas al proceso, en los Estados en que se admita esta posibilidad.

2.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

El 9 de junio de 1994, con la aprobación de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*³⁹⁴ (en adelante la Convención de Belém do Pará) la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos reconoció que la violencia contra la mujer es una violación a los derechos humanos y “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres [...] que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”,³⁹⁵ por lo que los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

³⁹³ Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, *Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos*, República Dominicana, 2008, en http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/protecao_testemunha/guias-de-santiago.

³⁹⁴ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como “Convención de Belém do Pará” por haber sido aprobada en dicha ciudad brasileña, entró en vigor el 5 de marzo de 1995 y fue ratificada por Ecuador el 15 de septiembre de 1995. Texto completo del documento en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Cabe indicar que éste es el instrumento internacional más ratificado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: 32 de los 34 Estados de la Organización de Estados Americanos lo han ratificado (no son parte de la Convención Canadá y Estados Unidos). Información disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>.

³⁹⁵ Preámbulo de la Convención de Belém do Pará.

Este es el primer instrumento con fuerza vinculante que se elaboró, no sólo a nivel de las Américas sino también mundial, para abordar, específicamente, la problemática de la violencia contra la mujer;³⁹⁶ y tiene el mérito de definir un *nuevo derecho humano*: “el derecho a una vida libre de violencia” tanto en el ámbito público como en el privado, conforme lo consagra el art. 3;³⁹⁷ lo cual constituye, sin duda alguna, un avance importante en el campo de los derechos humanos pues, por un lado, establece que las mujeres tienen derecho a vivir libres de violencia al ser ésta una violación de sus derechos humanos³⁹⁸ y, por otro, legitima la intervención del Estado en el espacio privado para prevenir y sancionar la violencia ocurrida en ese ámbito, lo cual antes era inconcebible por considerarse éste un espacio de ejercicio de libertad que no debía ser perturbado por el Estado.³⁹⁹

Las disposiciones de la Convención de Belém do Pará regulan la tutela judicial, la debida diligencia y, en general, la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia.

Este instrumento internacional **define a la violencia contra la mujer** como “toda acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.⁴⁰⁰ Es decir, incluye actos de violencia contra la mujer que pueden ocurrir una sola vez así como los reiterados o permanentes, que se traducen en una conducta violenta.

Esta Convención contempla tres formas de violencia: física, sexual y psicológica; ocurridas en tres ámbitos: 1. En la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal (como en la relación de pareja); 2. En la comunidad (lo cual incluye el

³⁹⁶ Mucho después, el 11 de mayo de 2011, se adopta el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

³⁹⁷ El art. 3 de la Convención de Belém do Pará establece: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

³⁹⁸ En este punto es importante destacar que en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, los representantes de 171 Estados reconocieron por primera vez que “Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. [...] La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. [...]” (Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. 18).

³⁹⁹ Sobre el tema véase a Frances Olsen, “El mito de la intervención del Estado en la familia”, en Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999, 1ª ed., pp. 413-442.

⁴⁰⁰ Convención de Belém do Pará, art. 1.

lugar de trabajo, establecimientos educativos o de salud); y, 3. En cualquier lugar, cuando sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes (como en el caso de la violencia contra las mujeres que cometen los agentes policiales o militares en estados de excepción, dictaduras o en democracia), siendo la inclusión de éste último ámbito uno de los mayores logros de la Convención de Belém do Pará, pues obliga al Estado a asumir sus deberes de garante de los derechos humanos y a su vez lo responsabiliza por la omisión en el cumplimiento de esta obligación, lo cual deriva de su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos.

Además, la Convención de Belém do Pará puntualiza que la violencia contra la mujer, en cualquiera de estos tres ámbitos, comprende, entre otras manifestaciones: violación, maltrato, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual.⁴⁰¹ Como se desprende de su sola lectura, la mayoría de estas manifestaciones constituyen violencia sexual o delitos de naturaleza sexual, con lo cual se resalta que la violencia sexual es una de las principales violencias que se ejerce contra la mujer, siendo ésta, junto con las otras manifestaciones de la violencia de género, una violación de los derechos humanos y la más clara manifestación de la *discriminación por sexo*; conforme expresamente lo han reconocido algunos organismos de protección de los derechos humanos, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas⁴⁰² y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁰³

En cuanto al alcance de la *violencia sexual*, la Corte IDH, como órgano con competencia contenciosa para conocer estos casos *ratione materiae*,⁴⁰⁴ siguiendo la jurisprudencia internacional -en particular lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*- y tomando en

⁴⁰¹ *Ibid.*, art. 2.

⁴⁰² Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N° 19 sobre La violencia contra la Mujer*, párr. 7, en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

⁴⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud*, 2011, párr. 2, en <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/VIOLENCIASEXUALEducSalud.pdf>.

⁴⁰⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia contenciosa para conocer los casos de violencia sexual en virtud del art. 12 de la Convención de Belém do Pará, conforme la misma Corte lo analizó y proclamó expresamente en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, párrs. 35-80.

cuenta lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará, ha señalado que “la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”.⁴⁰⁵ En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que constituyen violencia sexual, entre otras: la violación sexual,⁴⁰⁶ la inspección vaginal dactilar,⁴⁰⁷ la desnudez forzada⁴⁰⁸ y los manoseos sexuales,⁴⁰⁹ ampliando de esta manera la interpretación tradicional y restringida que existía respecto de las manifestaciones de la violencia sexual y el alcance de las mismas.⁴¹⁰

Con respecto al impacto de la violación sexual, la Corte IDH ha dicho que aquella constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima,⁴¹¹ y que, al igual que la tortura, persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre,⁴¹² de ahí que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así -afirma- ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la

⁴⁰⁵ Corte IDH, caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo Reparaciones y Costas), párr. 306; caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 109; caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 119; caso *J. vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 358; caso *Espinoza González vs. Perú*, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 191.

⁴⁰⁶ Corte IDH, caso *J. vs. Perú*, párr. 359; caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 192; caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 310.

⁴⁰⁷ Corte IDH, caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párrs. 309 y 312.

⁴⁰⁸ Corte IDH, caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párrs. 306 y 308; caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 191.

⁴⁰⁹ Corte IDH, caso *J. vs. Perú*, párrs. 347 y 360; caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 194.

⁴¹⁰ Históricamente la violencia sexual ha sido equiparada a violación sexual y ésta a relaciones sexuales forzadas o no consentidas.

⁴¹¹ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 119; caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 109.

⁴¹² Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 117; caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 127.

acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto.⁴¹³

Sin lugar a dudas, el reconocimiento de la violación sexual como tortura, por parte de la Corte IDH, es una forma de dimensionar el daño que esta violencia produce en la salud y vida de las mujeres, así como en su dignidad; daño que, incluso, puede generar la muerte violenta de las mujeres por el hecho de ser tales (femicidio/feminicidio). En ese sentido, este reconocimiento es también una forma de alertar a los Estados sobre el impacto de dicha violencia en las mujeres, sus familiares y la sociedad en general.

En el campo de los *derechos protegidos*, la Convención de Belém do Pará reconoce a toda mujer, a más del derecho a vivir una vida libre de violencia, entre otros, los siguientes derechos:

- A que se respete su vida;
- A que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- A la libertad y seguridad personales;
- A no ser sometida a torturas; a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- A la igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- A un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.⁴¹⁴

Nótese que en esta lista de derechos, y más específicamente en el derecho de toda mujer a que se respete su integridad, no se incluye la integridad sexual (sólo la física, psicológica y moral), pese a que en otros artículos de esta Convención se hace referencia a algunas formas de vulneración del referido derecho (violación, maltrato, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual), y que la definición de violencia contra la mujer (art. 1) también incluye el daño y sufrimiento sexual. Parecería que se trata de una involuntaria omisión; aunque si bien el encabezado

⁴¹³ Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 118; caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 128. Para una definición de tortura, a la luz del art. 5.2 de la Convención Americana y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, ver la sentencia del caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 364.

⁴¹⁴ Convención de Belém do Pará, art. 4, literales a., b., c., d., e., f., g., respectivamente.

del artículo puntualiza que estos derechos comprenden, “entre otros”, los antes enlistados, es decir, no se trata de una lista exhaustiva, tal omisión resulta incomprensible tomando en cuenta que la centralidad de la violencia de género y de la propia Convención de Belém do Pará es la discriminación por sexo.

Cabe indicar que el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que ampare a la mujer de actos de violencia de género, es uno de los mecanismos previsto en la Convención de Belém do Pará para garantizar la **tutela judicial efectiva** a las mujeres víctimas de violencia, en general, y de violencia sexual, en particular. En el caso de Ecuador, el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que ampare a la mujer contra actos que violen su derecho a vivir una vida libre de violencia, se efectivizó con la creación, en 1994, de las Comisarías de la Mujer y la Familia⁴¹⁵ y, en 2009, de los Juzgados de Violencia contra la Mujer o miembros del núcleo familiar,⁴¹⁶ que reemplazaron a las primeras; instancias estas últimas que, en el ámbito del juzgamiento de las contravenciones en esta materia, procuran mantener el estándar de “recurso sencillo y rápido” previsto en la Convención de Belém do Pará,⁴¹⁷ aunque no pasa lo mismo en el caso del juzgamiento de los delitos

⁴¹⁵ La jurisdicción y competencia de las Comisarías de la Mujer y la Familia fueron establecidas mediante *Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia*, promulgada en el Registro Oficial N° 839, de 11 de diciembre de 1995; ley que, sin su Título I, el cual fue derogado mediante Disposición Derogatoria VIGÉSIMA TERCERA del *Código Orgánico Integral Penal* (COIP), publicado en el Registro Oficial N° 180, suplemento, de 10 de febrero de 2014, se encuentra prácticamente insubsistente, puesto que sus disposiciones fundamentales han sido incorporadas al COIP.

⁴¹⁶ El *Código Orgánico de la Función Judicial* (COFJ), publicado en el Registro Oficial N° 544, de 9 de marzo de 2009, creó (en reemplazo de las Comisarías de la Mujer y la Familia) los Juzgados de Violencia contra la Mujer y la Familia, juzgados que con las reformas del Código Orgánico Integral Penal (COIP) pasaron a denominarse Juzgados de Violencia contra la Mujer o miembros del núcleo familiar; cuyos titulares tienen competencia para conocer en forma exclusiva los hechos y actos de violencia y las contravenciones penales cometidas en el ámbito intrafamiliar; en los lugares en donde no existan dichos juzgados asumirán estas competencias los jueces o juezas de los Juzgados de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y en los lugares donde no existan ni los primeros ni los segundos, conocerán de tales actos de violencia los jueces o juezas de los Juzgados de Contravenciones, según lo dispuesto en los arts. 231 y 232 del COFJ, reformados por el COIP, en concordancia con el art. 643.1 y la Disposición Transitoria SEXTA del COIP.

⁴¹⁷ Algunas pautas de dicho estándar las estableció la Corte IDH al resolver los casos *Fernández Ortega y otros contra México* y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, cuando señaló que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -esto es, asegurar un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos, conforme también lo consagra el art. 4 de la Convención de Belém do Pará- “[...] no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o por ley. [...] dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para

de violencia contra la mujer, entre ellas la violencia sexual, puesto que se sujetan al procedimiento previsto para el juzgamiento de cualquier otro delito,⁴¹⁸ contraviniendo el mandato del art. 81 de la Constitución de la República que establece que “la ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, [...]”.⁴¹⁹

Por otra parte, los arts. 7 y 8 de la Convención de Belém do Pará establecen las *obligaciones de los Estados Partes* que hacen relación, por un lado, a la adopción de políticas y, por otro, a la implementación de medidas específicas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

En cuanto al primer bloque de obligaciones, los Estados Partes convienen en impulsar algunas *políticas* relacionadas con el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia, a fin de ampararlas contra actos que violen sus derechos; para ello se obligan a:

- Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”. Sentencia caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 166; sentencia caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 182.

⁴¹⁸ El art. 643 del COIP establece el procedimiento expedito para juzgar la contravención de violencia contra la mujer, que incluye la realización de una audiencia de juzgamiento en un plazo máximo de 10 días contados a partir de la fecha en que el contraventor es notificado con la misma. En cambio, para el juzgamiento de delitos de violencia contra la mujer el procedimiento es ordinario y los plazos varían según el caso, esto es: la investigación previa, durará hasta un año si se trata de un delito sancionado con pena privativa de la libertad de hasta 5 años, y hasta dos años en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad de más de 5 años; la fase de instrucción, durará hasta 90 días o hasta 30 días cuando se trate de delito flagrante; esto, sumado al tiempo que dura la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y la etapa de juicio. Excepción hecha únicamente en el caso del procedimiento especial abreviado.

⁴¹⁹ En Ecuador, a partir del 10 de febrero de 2014, fecha de promulgación del Código Orgánico Integral Penal, la violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar es considerada un delito; hasta antes de esa fecha y, desde 1994, se la sancionaba como contravención penal únicamente.

- Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; y,

- Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.⁴²⁰

Respecto de estas garantías y protección judiciales la Corte IDH ha dicho que, en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas de la Convención de Belém do Pará, en especial, la obligación específica de los Estados Partes de utilizar la *debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer*. Deber estatal que para la Corte IDH implica que “[...] ante un acto de violencia contra la mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.⁴²¹

Adicionalmente, en el Informe de Fondo emitido dentro del caso *Jessica Lenahan (González) y otros vs. Estados Unidos*⁴²² la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) puntualizó que la evolución del derecho y de la práctica relacionada a la aplicación del *estándar de la debida diligencia* en los casos de violencia contra la mujer destaca, en particular, *cuatro principios*, a saber:

⁴²⁰ Convención de Belém do Pará, art. 7, literales a., b., d., f. y g., respectivamente.

⁴²¹ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 193. Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 177.

⁴²² CIDH, Informe de Fondo N° 80/11, caso 12.626, *Jessica Lenahan (González) y otros vs. Estados Unidos*, 21 de julio de 2011, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/USPV12626.Es.doc>. En este caso se analizó la responsabilidad de Estados Unidos por la presunta violación de los arts. I, II, V, VI, VII, IX, XVIII y XXIV de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, al no actuar con la debida diligencia frente a la violación de la orden de protección emitida a favor de Jessica Lenahan por la violencia doméstica sufrida por parte de su ex cónyuge, la cual desencadenó en la muerte de sus tres hijas a manos del ex cónyuge de la mujer y padre de las niñas.

En primer lugar, los órganos internacionales han establecido de forma consistente que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por no actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer; lo cual incluye actos cometidos por particulares en ciertas circunstancias.

En segundo lugar, estos órganos subrayan el vínculo entre la discriminación, la violencia contra la mujer y la debida diligencia, señalando que el deber de los Estados de enfrentar y responder a la violencia contra la mujer también implica medidas para prevenir la discriminación que perpetúa este grave problema. En ese sentido -agrega la CIDH-, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otra índole basadas en la premisa de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos, y sobre los roles estereotipados que se imponen tanto a los hombres como a las mujeres.

En tercer lugar, destacan el vínculo entre el deber de actuar con la debida diligencia y la obligación de los Estados de garantizar el acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos para las víctimas y sus familiares, cuando son objeto de actos de violencia.

En cuarto lugar, los sistemas de derechos humanos tanto a nivel internacional como regional han identificado ciertos grupos de mujeres expuestos a un riesgo particular de sufrir actos de violencia, debido a formas de discriminación que sufren por más de un factor, como las niñas y las mujeres pertenecientes a ciertos grupos étnicos, raciales y minoritarios; un factor de riesgo que debe ser considerado por los Estados en la adopción de medidas para prevenir todas las formas de violencia.⁴²³

El estándar de *debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra la mujer* ha sido desarrollado tanto por la CIDH como por la Corte IDH conforme se ilustra en las siguientes líneas:

Obligación de prevenir

⁴²³ *Ibíd.*, párrs. 126 y 127.

En el Informe *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*,⁴²⁴ el cual presenta un diagnóstico sobre los principales obstáculos que las mujeres enfrentan cuando procuran acceder a la justicia para denunciar actos de violencia y obtener tutela judicial, la CIDH ha recomendado a los Estados:

1. Desarrollar programas educativos para las y los ciudadanos, desde una etapa formativa y temprana, a fin de promover el respeto de las mujeres como iguales y el reconocimiento de sus necesidades particulares como mujeres, así como el respeto de sus derechos a la no violencia y a la no discriminación;

2. Fortalecer las políticas de prevención de actos de violencia y discriminación contra las mujeres, mediante un enfoque integral, que abarque los sectores de justicia, educación y salud, y que aborde las distintas manifestaciones de la violencia y los contextos en que ésta ocurre;

3. Implementar medidas y campañas de difusión destinadas al público en general sobre el deber de respetar los derechos de las mujeres en materia civil, política, económica, social, cultural, sexual y reproductiva; los servicios y recursos judiciales disponibles para las mujeres que han experimentado la violación de sus derechos; y las consecuencias jurídicas para los perpetradores; y,

4. Diseñar e implementar recursos judiciales de naturaleza cautelar, sencillos, rápidos y accesibles, que puedan funcionar como un remedio idóneo y efectivo, para prevenir situaciones de violencia contra las mujeres.⁴²⁵

Estas recomendaciones han sido constantemente ilustradas por la Corte IDH en diferentes sentencias. Así por ejemplo, en la sentencia del caso *González y otras vs. México*, conocido como caso “*Campo Algodonero*”,⁴²⁶ la Corte IDH recordó que el *deber de prevención* abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político,

⁴²⁴ CIDH, *Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007, en <http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>.

⁴²⁵ CIDH, *Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, nota anterior, pp. 125 y 126

⁴²⁶ Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf. En este caso se analizó la responsabilidad internacional del Estado mexicano por “la desaparición y ulterior muerte” de dos adolescentes y una joven (así como de otras mujeres) cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodón de Ciudad Juárez-México con señales de violencia sexual.

administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.⁴²⁷

La Corte IDH también ha dicho que, en casos de violencia contra las mujeres, los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia, en particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La *estrategia de prevención debe ser integral*, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo -añade la Corte IDH- los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto tomando en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará.⁴²⁸

Por su parte, la CIDH en el caso *Maria Da Penha vs. Brasil*,⁴²⁹ el primer caso en que se aplicó la Convención de Belém do Pará en el sistema interamericano y en el cual se responsabilizó a un país en materia de violencia doméstica contra las mujeres, al establecer que el Estado no sancionó al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas, la CIDH concluyó que dado que esta violación forma parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, no sólo se violaba la obligación de procesar y condenar, “sino también la de prevenir estas

⁴²⁷ Corte IDH, sentencia caso “*Campo Algodonero*”, párr. 252.

⁴²⁸ *Ibid.*, párr. 258.

⁴²⁹ CIDH, Informe de Fondo N° 54/01, caso 12.051, *Maria Da Penha Maia Fernandez vs. Brasil*, 16 de abril de 2001, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Brasil12.051a.htm>. En este caso se analizó la responsabilidad de Estado brasileño por omisión, negligencia y tolerancia en relación con la violencia doméstica contra Maria Da Penha, perpetrada por su cónyuge durante años, violencia que culminó en tentativa de homicidio, y agresiones varias que le determinaron paraplejia irreversible y otros daños.

prácticas degradantes”, puesto que esta ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir “evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado” para sancionar estos actos.⁴³⁰

Se puede decir, por tanto, que, a la luz del desarrollo jurídico del tema por parte de la CIDH y de la Corte IDH, la obligación de prevenir va de la mano de la obligación de no discriminar puesto que apunta no sólo a evitar la ocurrencia de actos de violencia contra la mujer sino a cambiar el patrón sociocultural que la genera.

Obligación de investigar

En las respectivas sentencias de los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú vs. México*, por violación sexual y tortura, la Corte IDH reitera que la obligación de investigar es una obligación de medios, y no de resultado; sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Por lo que, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad.⁴³¹ Aún más -remarca-, en los casos de violencia sexual el inicio de la investigación no puede estar condicionado por quien realiza la denuncia ni por la creencia de las autoridades, antes de iniciar la investigación, de que las alegaciones realizadas son falsas.⁴³²

Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados parte, sino que además se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o

⁴³⁰ *Ibid.*, párr. 56.

⁴³¹ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 191; caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 175.

⁴³² Corte IDH, caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 352.

cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.⁴³³

La Corte IDH destaca que en casos de violencia sexual, la investigación debe evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática de la víctima cada vez que recuerda o declara sobre lo ocurrido.⁴³⁴ Cabe indicar que este estándar procesal es clave no sólo durante la fase investigativa sino durante todas las etapas del proceso penal porque reivindica el respeto de la situación por la que atraviesa la víctima y la protección de sus derechos humanos, y además se orienta a erradicar la instrumentalización procesal de la víctima como elemento de prueba, práctica habitual en los operadores del sistema de justicia penal en los casos de delitos sexuales.

Adicionalmente, valiéndose de ciertos instrumentos internacionales, como el *Protocolo de Estambul* de las Naciones Unidas y las *Líneas Guías para el Tratamiento Médico-Legal de Víctimas de Violencia Sexual* de la Organización Mundial de la Salud, la Corte IDH ha precisado y dado contenido a la obligación estatal reforzada de investigar con la debida diligencia los casos de violencia sexual. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado:

Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para

⁴³³ Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 176; caso *Fernández Ortega vs. México*, párr. 192.

⁴³⁴ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 196; caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 180; caso *J. vs. Perú*, párr. 351; caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 256.

determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.⁴³⁵

Asimismo, en el caso “*Campo Algodonero*”, la Corte IDH introdujo un parámetro particular a seguir tanto en la investigación como en la reparación que se derive de los casos de violencia contra la mujer: la *perspectiva de género*.⁴³⁶ Así, sobre la base de los hechos denunciados en ese caso y con el fin de que el Estado cumpla con su deber de identificar, procesar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de tales hechos, la Corte IDH estableció las siguientes directrices:

i) se deberá remover todos los obstáculos *de jure o de facto* que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso;

ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género;

iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada,

⁴³⁵ Corte IDH, sentencia caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 178; y, sentencia caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 194.

⁴³⁶ Como se ha señalado en *supra* nota 105, la perspectiva de género es la visión crítica y analítica que se le da al género para comprender qué es, cómo opera y cuáles son sus efectos en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, a fin de explicar la posición social de desigualdad, discriminación y subordinación de las mujeres en relación a los hombres y plantear soluciones a las mismas.

independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y

iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso.⁴³⁷

Es decir, la Corte IDH da un salto cualitativo en su razonamiento jurídico al incorporar un enfoque sensible a las diferencias de género como estándar en la obligación que tienen los Estados de investigar los casos de violencia contra la mujer; y, tomando en cuenta la matriz sociocultural que la genera, su magnitud y sus afectaciones diferenciadas en las víctimas, humaniza los estándares procesales para estos casos. En ese sentido, la Corte IDH orienta a los Estados a tomar medidas para que en los procesos penales se dé un trato diferente, razonable, necesario y proporcional a la situación de las víctimas de violencia sexual, para garantizar el ejercicio de sus derechos humanos.

Cabe indicar, que en este proceso de humanización de estándares la Corte IDH, fiel a su rol, protege los derechos de las víctimas de violencia sexual, los cuales son vulnerados particularmente por su condición de mujeres, y aplica el principio de igualdad y no discriminación, con énfasis en la igualdad real, orientada a corregir las desigualdades y la discriminación estructural; de manera tal que el acceso a la justicia y la protección judicial de estas víctimas se de en situaciones materiales de igualdad.

Obligación de sancionar

Tanto la CIDH como la Corte IDH han establecido que la *falta de juzgamiento y condena* a los responsables de violaciones de derechos humanos *constituye un acto de tolerancia de dichas violaciones* por parte del Estado. Así, en el caso *Maria Da Pehna vs. Brasil*, la CIDH ha dicho que la impunidad que “ha gozado y aún goza el agresor y ex-esposo de la señora Fernández” es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará, lo cual constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió y que esa omisión de los tribunales brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por ella sufridas; es más, que tal como se demostró en la sustanciación del caso, “esa tolerancia por los órganos del Estado no es

⁴³⁷ Corte IDH, sentencia caso “*Campo Algodonero*”, párr. 455.

exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”.⁴³⁸

Obligación de reparar

Esta obligación deviene de las otras tres. La Corte IDH parte de la consideración de que “es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”. En esa línea, la Corte IDH señala que la reparación debe ser “integral”, entendiendo por ésta el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violencia produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos de violencia contra la mujer, “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”.⁴³⁹

En el campo de la reparación, al igual que en el de la investigación, la Corte IDH introduce la *perspectiva de género* como parámetro a seguir, estableciendo que la “perspectiva de género” implica tomar en cuenta en el momento de reparar a las víctimas “los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres”.⁴⁴⁰ Además, indicó que las reparaciones con “perspectiva de género” deben: i) cuestionar y estar en capacidad de modificar, a través de medidas especiales, el *status quo* que causa y mantiene la violencia contra la mujer y los homicidios por razones de género; ii) constituir claramente un avance en la superación de las desigualdades jurídicas, políticas y sociales, formales o *de facto*, que sean injustificadas por causar, fomentar o reproducir los factores de discriminación por razón de género, y iii) sensibilizar a los funcionarios públicos y la sociedad sobre el impacto de los factores de

⁴³⁸ CIDH, Informe de Fondo, caso *Maria Da Pehna vs. Brasil*, párr. 55.

⁴³⁹ Corte IDH, sentencia caso “*Campo Algodonero*”, párr. 450.

⁴⁴⁰ Corte IDH, sentencia caso “*Campo Algodonero*”, párr. 451.

discriminación contra las mujeres en los ámbitos público y privado.⁴⁴¹ En cuanto a la capacitación a los funcionarios y a la sociedad, señaló que adoptar una “perspectiva de género” entrañaba desarrollar “capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana”.⁴⁴²

Es decir, la Corte IDH introduce parámetros innovadores que deben ser observados en los procesos reparatorios que se sigan en los casos de violencia contra la mujer. Estos parámetros son interpretados por la CIDH en el *Informe sobre Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*.⁴⁴³ Para la CIDH, sobre la base establecida por la Corte IDH en la citada sentencia del caso “*Campo Algodonero*”, el concepto de *reparaciones desde una perspectiva de género* debe ser abordado con una doble perspectiva: a. *Desde la perspectiva del Estado*, la reparación es la oportunidad de brindar seguridad y justicia a la víctima para que ésta recupere la credibilidad en el sistema y la sociedad. Además, debe adoptar medidas con el fin de lograr la no repetición de los hechos; y b. *Desde la perspectiva de la víctima*, la reparación se refleja en los esfuerzos que desarrollen el Estado y la sociedad para remediar el daño que ha sufrido. Siempre existirá una subjetividad en la valoración de las medidas de reparación para la víctima y es una obligación del Estado respetar y valorar esta subjetividad para asegurar la reparación. Es por ello fundamental la participación de la víctima. De esta manera se conoce cuáles son las necesidades y percepciones de la víctima en relación a la reparación que espera.⁴⁴⁴

En cuanto a la *reparación integral*, la CIDH puntualiza en el mencionado informe que ésta implica: a. *Restitución*: restablecer la situación previa de la víctima y sus derechos. No en todas las ocasiones se puede lograr; principalmente cuando el daño afecta la integridad física, emocional y sexual de la víctima; b. *Indemnización*: el reconocimiento patrimonial de los daños y perjuicios ocasionados; c. *Rehabilitación*: la

⁴⁴¹ Corte IDH, sentencia caso “*Campo Algodonero*”, *Ibíd.*, párr. 495.

⁴⁴² Corte IDH, sentencia caso “*Campo Algodonero*”, *Ibíd.*, párr. 540.

⁴⁴³ CIDH, *Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, 2011, en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>. En este informe, la CIDH analiza la dimensión del problema de la violencia sexual en la región de Mesoamérica, con especial énfasis en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, así como los obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de esta violencia en el acceso a la justicia.

⁴⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 107.

atención médica y psicosocial que ayude a la víctima a continuar su vida en la sociedad; d. *Garantías de No Repetición*: la garantía de que las víctimas no vuelvan a sufrir el daño; y, e. *Medidas de satisfacción*: el conocimiento público de la verdad y actos de desagravio. Además, la reparación debe ser proporcional, esto es, debe estar a la altura del impacto de las violaciones y del daño causado; como parte del “proceso restaurador” debe considerarse la opinión de la víctima, a fin de ayudarle a tomar control de su vida, siendo éste un “factor determinante” para lograr la recuperación de su dignidad, su personalidad y su autoestima, lesionada a causa del sufrimiento y el daño vivido.⁴⁴⁵

Obligación de no discriminar

Esta obligación es inherente a la obligación reforzada que tienen los Estados de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, prevista en el art. 7.b de la Convención de Belém do Pará. La obligación de no discriminar deriva del principio de igualdad y no discriminación y es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no de determinado tratado internacional al haber ingresado en el dominio del *jus cogens*, conforme lo determinó la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-18/03.⁴⁴⁶

Para ilustrar esta obligación, amerita recordar que en el caso “*Campo Algodonero*” vs. México la Corte IDH estableció que, al momento de investigar dicha violencia, algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, le permitió concluir a la Corte IDH que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la

⁴⁴⁵ CIDH, Informe *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, supra nota 443, párrs. 108-110.

⁴⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados*, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc. Para llegar a esta opinión la Corte IDH consideró que el principio de igualdad y no discriminación “pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”. p. 101.

justicia. La impunidad de los delitos cometidos -dijo la Corte IDH- envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Al respecto, la Corte IDH resalta lo precisado por la CIDH en su informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” en el sentido de que:

[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.⁴⁴⁷

Lo ocurrido en el caso “*Campo Algodonero*” y lo señalado por la CIDH en su antes referido informe temático, bien traído al caso por la Corte IDH, ejemplifican lo que ocurre en los sistemas de justicia penal de la región al momento de investigar y procesar los casos de violencia sexual, principalmente cuando la víctima es adulta, lo cual degenera en denegación de justicia e impunidad y, por tanto, en violación de las obligaciones de los Estados contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará.

La Corte IDH también ha señalado que son los estereotipos de género los que producen la violencia contra la mujer. Así, tras considerar que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, sobre la base de los hechos ocurridos en el caso “*Campo Algodonero*” y teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado en ese caso, la Corte IDH sostiene que es

⁴⁴⁷ Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 400.

posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el caso en mención. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.⁴⁴⁸

Es decir, en el desarrollo de la obligación de no discriminar la Corte IDH apunta a reforzar la obligación de prevenir la violencia contra la mujer que establece la Convención de Belém do Pará, conforme ya se señaló.

Otros estándares relacionados con la prueba

En el marco del estándar de *debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, la Corte IDH ha establecido estándares puntuales a tomar en cuenta dentro de la etapa probatoria de los procesos penales por violencia sexual; a saber:

En relación al examen médico

La Corte IDH ha dicho que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico, por lo cual la ocurrencia de dicha violencia no necesariamente se verá reflejada en un examen médico.⁴⁴⁹ En ese sentido aclara que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.⁴⁵⁰ Finalmente agrega que, en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima.⁴⁵¹

En relación al peritaje ginecológico y anal

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 401.

⁴⁴⁹ Corte IDH, caso *J. vs. Perú*, párr. 329; caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 153; caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 124.

⁴⁵⁰ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 124; caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 193; caso *J. vs. Perú*, párr. 333.

⁴⁵¹ Corte IDH, caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 153.

Partiendo del estándar de no revictimización y de lo establecido por la Organización Mundial de la Salud, la Corte IDH considera que el peritaje ginecológico y anal debe ser realizado, de considerarse procedente su realización y con el consentimiento previo e informado de la presunta víctima, durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado, con base en un protocolo específico de atención a las víctimas de violencia sexual. Esto no obsta -precisa la Corte IDH- que el peritaje ginecológico se realice con posterioridad a este período, con el consentimiento de la presunta víctima, toda vez que pueden ser encontradas evidencias tiempo después del acto de violencia sexual, particularmente con el desarrollo de la tecnología en materia de investigación forense. Por consiguiente, los plazos límite establecidos para la realización de un examen de esta naturaleza deben ser considerados como guía, más no como política estricta. De esa manera, la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser considerada sobre la base de un análisis realizado caso por caso, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual. En vista de ello, la Corte IDH considera que la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser motivada detalladamente por la autoridad que la solicita y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la presunta víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditar a la presunta víctima y/o impedir una investigación.⁴⁵²

En relación a la declaración de la víctima

Refiriéndose a la violación sexual, la Corte IDH ha dicho que este tipo particular de agresión generalmente se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia -añade la Corte IDH- no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho; *estándar que es aplicable a las agresiones sexuales en general*. De ahí que, al analizar dichas declaraciones -señala la Corte IDH- se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele

⁴⁵² Corte IDH, caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 256.

denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente.⁴⁵³ La Corte IDH, igualmente, ha tenido en cuenta que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de sus vidas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significan que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad.⁴⁵⁴

Así mismo, en la línea del estándar de no revictimización, la Corte IDH advierte que para que surja la obligación de investigar no es necesario que la presunta víctima denuncie los hechos más de una vez; por tanto, no resulta razonable exigir que las víctimas de violencia sexual deban reiterar en cada una de sus declaraciones o cada vez que se dirijan a las autoridades los mencionados maltratos de naturaleza sexual.⁴⁵⁵

Es decir, la Corte IDH reivindica el respeto al cuerpo de la víctima de donde tradicionalmente se extrae la prueba de la infracción; además, da un valor incuestionable a la palabra de la víctima de violencia sexual, devolviéndole su credibilidad perdida por el prejuicio, la discriminación y por la poca importancia que los sistemas de justicia penal, aún hoy, le dan a este tipo de infracciones, principalmente cuando la víctima es adulta.

En suma, los estándares internacionales respecto del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia establecen que no deben existir obstáculos en la búsqueda de la justicia por parte de las víctimas y/o sus familiares y que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar el daño producido por la violencia contra la mujer; requisitos *sine qua non* para modificar el patrón sociocultural y de “inefectividad judicial” detectada ante los actos de violencia sexual en la región, toda vez que dichos patrones promueven la tolerancia de tales actos en la sociedad y perpetúan la impunidad de la gran mayoría de casos.

⁴⁵³ Corte IDH, caso *J. vs. Perú*, párr. 323; caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 150.

⁴⁵⁴ Corte IDH, caso *Espinoza González vs. Perú*, párr. 150.

⁴⁵⁵ Corte IDH, caso *J. vs. Perú*, párr. 351.

Las antes mencionadas, como se indicó, constituyen las obligaciones de los Estados Partes de la Convención de Belém do Pará que hacen relación a la adopción de *políticas* para efectivizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia.

Un segundo bloque de obligaciones establecidas en la Convención de Belém do Pará están referidas a diferentes *medidas específicas* que los Estados Partes convienen en adoptar en forma progresiva para asegurar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia. A saber:

- Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
- Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los niños, niñas y adolescentes⁴⁵⁶ afectados;
- Fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda; y,
- Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social.⁴⁵⁷

Cabe indicar que una de las medidas específicas de carácter preventivo, que los Estados Partes de la Convención de Belém do Pará deben adoptar, consiste en modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres -incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso

⁴⁵⁶ El art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, publicado en el Registro Oficial N° 737, de 3 de enero de 2003, define niño, niña y adolescente de la siguiente manera: “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”. Esta terminología se adoptará en adelante en este trabajo, en lugar del término “menor” que se utiliza en diferentes instrumentos internacionales, y que no se compagina con los postulados que orientan el moderno Derecho de Niñez y Adolescencia.

⁴⁵⁷ Convención de Belém do Pará, art. 8, literales c., d., e. y f., respectivamente.

educativo- para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.⁴⁵⁸ La adopción de esta medida específica por parte de los Estados reviste, sin duda, especial importancia en el abordaje de la problemática de la violencia contra la mujer, en razón de la matriz sociocultural que la genera; en ese sentido, al ser la escuela, junto con la familia, un espacio de socialización donde pueden reproducirse o legitimarse las desigualdades sociales es necesaria una intervención estatal a este nivel.⁴⁵⁹

Por otra parte, el art. 9 de la Convención de Belém do Pará establece que, para la implementación de estas *medidas específicas*, los Estados Partes “tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”; y que, “en igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”. Lastimosamente este artículo deja fuera a otros supuestos de vulnerabilidad, tales como, la orientación sexual y la identidad de género; no por ello, su contenido deja de ser relevante, pues establece las formas de “discriminación combinadas” o la “intersección de distintas formas de discriminación” que puede sufrir una mujer en razón de diversos factores de riesgo⁴⁶⁰ que la hacen más vulnerable frente a la violencia de que puede ser víctima; lo cual debe ser considerado por los Estados en la implementación de políticas y programas vinculados con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia, conforme lo ha puntualizado tanto la CIDH como la Corte IDH en algunos de sus pronunciamientos.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ *Ibíd.*, art. 8, literal b.

⁴⁵⁹ La implementación de esta medida es la respuesta que los Estados Partes deben dar a lo dispuesto en el art. 6 de la Convención de Belém do Pará, mediante el cual se reconoce el derecho de toda mujer a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

⁴⁶⁰ Tal es el caso de ser mujer, niña, indígena, pobre, con discapacidad, en situación de refugio, por ejemplo.

⁴⁶¹ Particularmente a estos órganos les ha preocupado el caso de las niñas y mujeres indígenas, al respecto véase Corte IDH, sentencia caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párrs. 169, 184-185; sentencia caso

Finalmente, como queda expuesto, la Convención de Belém do Pará no sólo coloca en la agenda de los países de la región la problemática de la violencia contra la mujer sino que pone al descubierto las dificultades que tienen las mujeres víctimas de violencia, en especial, de la sexual, para acceder a la justicia -con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva- y, fundamentalmente, establece las directrices para enfrentar estas problemáticas.

2.3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El *Estatuto de la Corte Penal Internacional*⁴⁶² (en adelante el Estatuto) fue aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 por la Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional (en adelante la CPI); su contenido norma aspectos materiales, orgánicos y procesales del trabajo de dicha Corte.

La CPI está facultada para ejercer jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional o que generan responsabilidad internacional penal individual. Su jurisdicción es complementaria a las jurisdicciones penales nacionales,⁴⁶³ es decir, sólo actuará cuando los sistemas nacionales no quieran o no puedan hacerlo.

En el Preámbulo del Estatuto, los Estados Partes, teniendo presente que en el siglo pasado millones de niños, mujeres y hombres fueron “víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, reconocen que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo.

Sobre esta base, que refleja la conciencia jurídica internacional de ese entonces, el Estatuto incluye en su catálogo de delitos -en las categorías de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra- a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución

Fernández Ortega y otros vs. México, párrs. 185, 200-201; y, CIDH, Informe de Fondo, N° 53/01, caso *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez vs. México*, 4 de abril de 2001, párr. 95, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565a.htm>.

⁴⁶² Estatuto de la Corte Penal Internacional, en [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002 y fue ratificado por Ecuador el 5 de febrero de 2002. Información disponible en http://www.iccnw.org/documents/CICCFS-RatificationsbyUNGGroup_19april10_sp.pdf.

⁴⁶³ Estatuto, art. 1.

forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable,⁴⁶⁴ los que han tenido históricamente como principales víctimas a las mujeres.

El Estatuto establece que cualquiera de los delitos antes señalados, entre otros determinados en su texto, constituirán “crimen de lesa humanidad” “cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”; y, “crímenes de guerra” cuando violen gravemente las leyes y usos aplicables en los conflictos armados, ya sean de índole internacional o no, dentro del marco establecido en el Derecho Internacional y que también constituyan una violación grave de los Convenios de Ginebra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.⁴⁶⁵

Cabe indicar que, pese a que son sus beneficiarias, el Estatuto *no contiene una definición de víctima*. En el ámbito de la protección a las víctimas, entre las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia, se establece que ésta “velará por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos; y que deberá “adoptar medidas para la protección del acusado, de los testigos y de las víctimas [...]”.⁴⁶⁶ Esta línea igualitaria de protección viene dada por cuanto el art. 68.3 del Estatuto establece como innovación la *participación* directa de la víctima, como parte afectada y no como testigo, en el procedimiento correspondiente.

De manera específica, en relación a la *protección* de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones, el Estatuto dispone que la CPI adopte las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos; con este fin, tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o

⁴⁶⁴ Estatuto, arts. 7.1.g; 8.2.b.xxii y e.vi.

⁴⁶⁵ Estatuto, arts. 7.1; 8.1; 8.2.b y e.

⁴⁶⁶ Estatuto, art. 64.

violencia contra niños; estas medidas se adoptarán, en especial, en el curso de la investigación y el enjuiciamiento.⁴⁶⁷

Además, como excepción expresa al principio del carácter público de las audiencias, establecido en el art. 67, las Salas de la CPI podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la CPI atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.⁴⁶⁸

En relación a la *reparación* a las víctimas, el Estatuto prescribe que la CPI: - establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la CPI, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda; y, - podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la CPI podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el Estatuto.⁴⁶⁹ Antes de tomar una decisión sobre reparación a la víctima, la CPI tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se

⁴⁶⁷ Estatuto, art. 68.1.

⁴⁶⁸ Estatuto, art. 68.2.

⁴⁶⁹ Sobre la base del art. 79 del Estatuto, el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas ha sido establecido para trabajar en conjunto sobre las funciones reparativas de la CPI que tienen por objetivo beneficiar a las víctimas de los crímenes que recaen dentro de la jurisdicción de la CPI y a sus familias, cumpliendo así con dos mandatos: implementar las reparaciones en contra de personas condenadas cuando la CPI así lo indique y un mandato general de asistencia, que utiliza las contribuciones voluntarias de los donantes para proveer a las víctimas y a sus familias de servicios de rehabilitación física, material de apoyo, y/o rehabilitación psicológica en aquellas situaciones en donde la CPI tenga actividad. El Fondo Fiduciario obtiene sus fondos a partir de las donaciones que realizan entidades estatales y no estatales. Información disponible en <http://www.iccnw.org/?mod=trustfund&lang=es>.

formulen en su nombre.⁴⁷⁰ Es decir, el Estatuto prevé, por una parte, no solo la reparación material sino también la indemnización y la rehabilitación de la víctima; y, por otra, prevé el Fondo Fiduciario como un mecanismo en caso de que el condenado no pueda pagar la reparación material a la víctima.

En suma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye un avance sin precedentes en el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual en el Sistema de Justicia Penal Internacional, a los cuales los identifica como crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra e, incluso, como forma de comisión de genocidio. Adicionalmente, reconoce a las mujeres víctimas de estos crímenes el derecho a que busquen justicia, participen de forma independiente en el procedimiento (como protagonistas del mismo) y obtengan reparación por los daños que han sufrido; en ese sentido, contribuye a cambiar el enfoque de la justicia penal al procurar reparar a las víctimas de violencia sexual y no sólo condenar a los responsables de estos crímenes.

2.4. Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Las *Reglas sobre Procedimiento y Prueba*⁴⁷¹ (en adelante las Reglas) fueron aprobadas por la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, durante el primer período de sesiones realizado en Nueva York, del 3 a 10 de septiembre de 2002. Constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al cual están subordinadas.

Las Reglas fueron diseñadas para proteger, en especial, a las víctimas de violencia sexual que participan en los procedimientos previstos en el Estatuto. Contienen un conjunto de disposiciones que incorporan un enfoque diferente para abordar procesalmente esta forma de violencia, al determinar los principios que deben guiar la valoración del consentimiento en los casos de violencia sexual; así también en lo relacionado con la protección y la reparación a las víctimas.

Las Reglas establecen que, tanto para sus fines como para los del Estatuto, se **entiende por víctimas** “las personas naturales que hayan sufrido un daño como

⁴⁷⁰ Estatuto, art. 75.

⁴⁷¹ Reglas sobre Procedimiento y Prueba, en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/S-iccrulesofprocedure.html>.

consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”. Además, por víctimas se podrá entender a “las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.⁴⁷² De esta forma las Reglas subsanan la omisión del Estatuto que no aportó con una definición que permita entender a qué sujetos abarca su protección.

Parte trascendental de las Reglas son los *principios de prueba* en casos de violencia sexual, que deben guiar la actuación de la CPI frente a hechos de esta naturaleza; los cuales son: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre (como ocurre, por ejemplo, en un establecimiento de educación o de salud o en un centro de detención o en los entornos que rodean los conflictos armados); b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.⁴⁷³

Es decir, estos principios enfatizan en el respeto de la autonomía sexual de las víctimas, gravemente amenazada en conflictos armados internacionales. Reviste particular importancia que dispongan que el historial de la vida sexual de la víctima no se admita como prueba, como tradicionalmente se lo venía o viene haciendo en los procedimientos penales internos, en los que -al contrario del tratamiento que se da a la víctima en que priman criterios machistas- no se indaga en el historial sexual del infractor, cuando éste sí puede ser un elemento a tomar en cuenta en relación a su comportamiento delictivo. Lo señalado es concordante con la regla que establece que

⁴⁷² Reglas, Regla 85 a) y b).

⁴⁷³ Reglas, Regla 70.

el testimonio de la víctima no esté sujeto a corroboración,⁴⁷⁴ dando valor a la palabra de la víctima.

Consecuentemente, estos principios cambian el enfoque del juzgamiento de los delitos de naturaleza sexual. Así, por ejemplo, una de las “dificultades” que en el proceso penal ecuatoriano encontraban las víctimas de estos delitos (adultas principalmente) era el hecho de que, en el juzgamiento, pesaban en los operadores de justicia la demostración de circunstancias tales como la minoría de edad de la víctima o adolecer de discapacidad mental para justificar que no estuvo en posibilidad de resistir o repeler la agresión; si la víctima no reunía estas condiciones y si en su cuerpo no había huellas de resistencia se concluía que consintió en el hecho. Es decir, erróneamente se consideraba que al momento de la agresión sexual estaban en igualdad de condiciones tanto la víctima como el agresor. Asimismo, en el juzgamiento de delitos sexuales no se valoraba actos como el chantaje, la manipulación, la intimidación, el espacio físico constrictivo en que se perpetraba el hecho, etc., y que inciden definitivamente en la psique de la víctima.⁴⁷⁵ De ahí el gran aporte de estos principios de prueba que establecen las Reglas.

Por otra parte, las Reglas instituyen como Principio General que todos los órganos de la CPI al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en cuenta las necesidades de las víctimas y testigos, en particular los niños, las “personas de edad”, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género;⁴⁷⁶ esto, entendiendo la especial vulnerabilidad de dichos colectivos y de sus necesidades particulares, para lo cual las Reglas establecen ciertas medidas de protección y medidas especiales.

En orden a las *medidas de protección*, disponen que la Sala, según proceda, podrá ordenar que se adopten medidas para *proteger* a una víctima, un testigo u otra

⁴⁷⁴ Reglas, Regla 63.4.

⁴⁷⁵ Este es uno de los nudos críticos, detectados por las abogadas de los servicios penales para la atención a víctimas de delitos sexuales, en el desarrollo del proyecto “Fortalecimiento de la Vigencia de los Derechos Humanos de las Mujeres por una Vida Libre de Violencia”, impulsado en 5 provincias de Ecuador en el lapso de 2004 a 2006. Cfr. Azucena Soledispa Toro, *Se hace camino al andar... sistematización de las propuestas metodológicas desarrolladas por los servicios penales para la atención a víctimas de delitos sexuales en las ciudades de: Quito, Guayaquil, Cuenca, Esmeraldas y Portoviejo*, Quito, CEPAM, 1ª, ed., 2007, pp. 42-43.

⁴⁷⁶ Reglas, Regla 86.

persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo; para lo cual, antes de ordenar la medida de protección, y, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de esta medida.⁴⁷⁷ Es decir, las Reglas reivindican la voz de la víctima no sólo en todo cuanto le afecte sino también en todo cuanto le favorezca en el procedimiento.

Asimismo, la Sala podrá celebrar una audiencia a puerta cerrada, a fin de determinar si ha de ordenar medidas para impedir que se divulguen al público o a los medios de prensa o agencias de información la identidad de una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por uno o más testigos, o el lugar en que se encuentre. Tales medidas podrán consistir, entre otras, en que: a) El nombre de la víctima o del testigo o la información que pueda servir para identificarlos sean borrados del expediente público de la Sala; b) Se prohíba al Fiscal, a la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento divulgar esa información a un tercero; c) El testimonio se preste por medios electrónicos u otros medios especiales, con inclusión de la utilización de medios técnicos que permitan alterar la imagen o la voz, la utilización de tecnología audiovisual, en particular las videoconferencias y la televisión de circuito cerrado, y la utilización exclusiva de medios de transmisión de la voz; d) Se utilice un seudónimo para una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo; o, e) La Sala celebre parte de sus actuaciones a puerta cerrada.⁴⁷⁸

Es decir, conforme a las Reglas es primordial garantizar la seguridad de las víctimas y proteger su intimidad durante el juicio por todos los medios. Así, corroborando lo establecido en el art. 68 del Estatuto, como una medida especial de protección a las víctimas de violencia sexual, establece la posibilidad de que éstas presenten su testimonio “por medios electrónicos u otros medios especiales” o que parte de las actuaciones del juicio sean a puerta cerrada; esto, para garantizar la intimidad de la víctima y, en algunos casos, para proteger su vida, salud e integridad, como excepción al principio del carácter público de las audiencias previsto en el art. 67 *ibídem*.

⁴⁷⁷ Reglas, Regla 87.

⁴⁷⁸ *Loc. cit.*

Entre las *medidas especiales*, se dispone que, según proceda, la Sala, teniendo en cuenta las opiniones de la víctima o el testigo, podrá decretar medidas especiales tales como *facilitar el testimonio* de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una “persona de edad” o una víctima de violencia sexual; para lo cual, antes de decretar la medida especial, siempre que sea posible, debe recabar el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.⁴⁷⁹ Entre otras medidas especiales, la Sala podrá ordenar que esté presente durante el testimonio de la víctima o el testigo un abogado, un representante, un sicólogo o un familiar.⁴⁸⁰

Además, la Sala, teniendo en cuenta que la violación de la privacidad de un testigo o una víctima puede entrañar un riesgo para su seguridad, controlará diligentemente la forma de interrogarlo/a a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación, prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual;⁴⁸¹ esta medida también tiende a evitar la revictimización de la víctima.

En cuanto a la *reparación a las víctimas*, ésta procede previa solicitud formal y escrita, que será notificada a la persona o personas identificadas en dicha solicitud o en los cargos y, en la medida de lo posible, a la persona o los Estados interesados a fin de que presenten sus observaciones con arreglo a las disposiciones previstas en las Reglas.⁴⁸² Sin perjuicio de las demás disposiciones relativas a la notificación, las actuaciones de reparación serán objeto de publicidad.⁴⁸³

La reparación será valorada por la CPI teniendo en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión; y, sobre esta base, podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas. La CPI podrá, previa solicitud de las víctimas, de su representante legal o del condenado, o de oficio, designar los peritos que corresponda para que le presten asistencia a fin de determinar el alcance o la magnitud de los daños, perjuicios o lesiones causados a las víctimas o respecto de ellas y sugerir diversas opciones en

⁴⁷⁹ Reglas, Regla 88.

⁴⁸⁰ *Loc. cit.*

⁴⁸¹ *Loc. cit.*

⁴⁸² Reglas, Regla 94.

⁴⁸³ Reglas, Regla 96.

cuanto a los tipos y las modalidades de reparación que procedan; además, la CPI invitará, según corresponda, a las víctimas o sus representantes legales, al condenado y a las personas o los Estados interesados a que formulen observaciones acerca de los informes de los peritos.⁴⁸⁴

En suma, las Reglas ofrecen tutela judicial a las víctimas de violencia sexual al incorporar un enfoque diferente para abordar y reparar procesalmente esta forma de violencia; además, cambian los criterios que deben regir la valoración de la prueba en casos de violencia sexual, los cuales están orientados a evitar el alto grado de impunidad en el juzgamiento de estas infracciones penales.

2.5. Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones

El 16 de diciembre de 2005, “reconociendo que, al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho”, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*,⁴⁸⁵ (en adelante los Principios y Directrices).

Este instrumento internacional regula los siguientes aspectos: - El tratamiento de las víctimas; - El derecho de las víctimas a disponer de recursos; - El acceso a la justicia; y, - La reparación de los daños sufridos.

Los Principios y Directrices **entienden por víctima** a “toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales,

⁴⁸⁴ Reglas, Regla 97.

⁴⁸⁵ Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario”. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.⁴⁸⁶ De la lectura de este texto se desprende que, salvo algunos ajustes gramaticales y de redacción, la definición de víctima que adopta los Principios y Directrices es la misma que acoge la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*, ya analizada.

Asimismo, se puntualiza que las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y los Estados han de adoptar las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.⁴⁸⁷

Los Principios y Directrices establecen que la víctima tendrá los siguientes derechos conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y, c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.⁴⁸⁸

Sobre el derecho al *acceso a la justicia* señalan que la víctima de estas violaciones tendrá un acceso igual a un recurso judicial efectivo, conforme a lo previsto en el derecho internacional; además del acceso a órganos administrativos y de otra

⁴⁸⁶ Principios y Directrices, Principio y Directriz 8 y 9.

⁴⁸⁷ Principios y Directrices, Principio y Directriz 10.

⁴⁸⁸ Principios y Directrices, Principio y Directriz 11.

índole, así como a mecanismos, modalidades y procedimientos utilizados conforme al derecho interno. Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno. A tal efecto, los Estados deben: *a)* Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario; *b)* Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas; *c)* Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia; *d)* Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario.⁴⁸⁹

Cabe anotar que, además del acceso individual a la justicia, los Principios y Directrices viabilizan el acceso colectivo a la misma, y mandan que los Estados procuren establecer procedimientos para que *grupos de víctimas* puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda.⁴⁹⁰

Al mismo tiempo disponen que los recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario han de comprender todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona y no deberían redundar en detrimento de ningún otro recurso interno.⁴⁹¹

En cuanto al derecho a la *reparación de los daños sufridos*, este instrumento desarrolla *in extenso* pautas claras para una aplicación sólida del derecho a la reparación y para medir el daño causado y el sufrimiento de la víctima. En ese sentido, establece

⁴⁸⁹ Principios y Directrices, Principio y Directriz 12.

⁴⁹⁰ Principios y Directrices, Principio y Directriz 13.

⁴⁹¹ Principios y Directrices, Principio y Directriz 14.

que “una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario”. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Los Estados, conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse a ellos y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Además, cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima. Así mismo, corresponde a los Estados procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas, cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones.⁴⁹²

Es obligación de los Estados ejecutar las sentencias de sus tribunales que impongan reparaciones a las personas o entidades responsables de los daños sufridos, por lo que procurarán ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones con arreglo al derecho interno y a las obligaciones jurídicas internacionales; con ese fin, los Estados deben establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de tales sentencias.⁴⁹³

Conforme a los Principios y Directrices, las formas de reparación previstas, según las cuales se debería dar a las víctimas una reparación plena y efectiva, de manera apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso -conforme al derecho interno y al derecho internacional-, son: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.⁴⁹⁴

La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende,

⁴⁹² Principios y Directrices, Principio y Directriz 15 y 16.

⁴⁹³ Principios y Directrices, Principio y Directriz 17.

⁴⁹⁴ Principios y Directrices, Principio y Directriz 18.

según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes. Sin embargo, se entiende que esta no es una lista exhaustiva de las acciones factibles de “devolver” a la víctima a la situación anterior a los hechos violatorios.

La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: *a)* El daño físico o mental; *b)* La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; *c)* Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; *d)* Los perjuicios morales; y, *e)* Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales. Es decir, lo económicamente evaluable abarca el pago de dinero por la compensación y el pago de dinero para cubrir los gastos derivados del proceso y de la rehabilitación de la víctima.

La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales. Este es un componente básico de la reparación sin el cual, en determinados delitos, la víctima no podría recuperarse del trauma vivido por la agresión.

La *satisfacción* incluye, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: *a)* Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; *b)* La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; *c)* La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; *d)* Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la

víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; *e*) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; *f*) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; *g*) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; *h*) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles. Es decir, se trata de una amplia gama de medidas no monetarias orientadas a conseguir una reparación integral e, incluso, a largo plazo, que se establecerán de acuerdo a las circunstancias del hecho, entre las que cobra gran significado para las víctimas el saber la verdad y que se apliquen sanciones a los responsables.

Las *garantías de no repetición* incluyen, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: *a*) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; *b*) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; *c*) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; *d*) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; *e*) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; *f*) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; *g*) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; *h*) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan. Estas medidas tienden a

asegurar que la conducta violatoria de derechos no se vuelva a repetir en el futuro; es decir, a más de que constituyen una forma de reparar el daño, tienen una función preventiva.

Por otra parte, a fin de garantizar el derecho al *acceso a información sobre violaciones y mecanismos de reparación*, los Principios y Directrices establecen que los Estados deben arbitrar los medios para informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de los derechos, recursos y servicios a los que pueden tener derecho las víctimas; sin perjuicio del derecho de las víctimas y sus representantes de solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización, así como a conocer la verdad acerca de las mismas.⁴⁹⁵

En resumen, los Principios y Directrices desarrollan estándares para que los derechos de las víctimas, sus intereses y preocupaciones sean incorporados en las leyes y prácticas de los Estados. En particular, proponen un amplio espectro de medidas que los Estados pueden implementar en sus contextos nacionales para reparar de forma integral el daño sufrido por las víctimas, como un mecanismo de justicia para éstas, y para evitar que estas violaciones de derechos humanos no vuelvan a ocurrir. En ese sentido, son un importante instrumento para implementar políticas orientadas hacia la protección de las víctimas a nivel nacional e internacional y para instalar en la sociedad una cultura de respeto, solidaridad y justicia para las víctimas.

2.6. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

El 6 de marzo de 2008, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana,⁴⁹⁶ reunida en la ciudad de Brasilia-Brasil, los Presidentes de las Cortes

⁴⁹⁵ Principios y Directrices, Principio y Directriz 24.

⁴⁹⁶ La Cumbre Judicial Iberoamericana es “una estructura de cooperación, concertación e intercambio de experiencias, que se articula a través de las máximas instancias de los poderes judiciales de la región iberoamericana”, nacida en junio de 2004 de la fusión de las Cumbres Iberoamericanas de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y de los Encuentros Iberoamericanos de Consejos de la Judicatura; tiene entre sus fines “asegurar una administración de justicia independiente e imparcial, accesible al ciudadano, eficaz, eficiente, pronta y equitativa que garantice los derechos humanos y el respeto a la seguridad jurídica [...]”. Información disponible en http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/quienes_somos y en <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/antecedentes>.

y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o Magistratura de los países iberoamericanos, entre ellos Ecuador, aprobaron las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (en adelante las Reglas de Brasilia),⁴⁹⁷ reconociendo “la necesidad de impulsar, de manera plural y coordinada, actividades destinadas a fomentar la efectividad de las mismas”.

Las Reglas de Brasilia contienen cien disposiciones distribuidas en cuatro capítulos que regulan todo lo relacionado con su objetivo, el cual consiste en “garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”.⁴⁹⁸

Las personas *beneficiarias* de las Reglas de Brasilia son aquellas que se encuentran en condición de vulnerabilidad; esto es, las que a causa de la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la privación de libertad, entre otras, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁴⁹⁹ Es decir, por un lado se observa que los factores de vulnerabilidad identificados por las Reglas están de conformidad con los estándares internacionales en materia de derechos humanos; y, por otro, que la lista no es exhaustiva, por lo que podrán incluirse otros grupos en cada país, lo cual “dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”, tal como se puntualiza en la parte final de la Regla 4.

Los *destinatarios* del contenido de las Reglas de Brasilia son todos los actores del sistema de justicia; quienes, para el espíritu de las Reglas, son: - los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; - los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de administración de justicia de conformidad con la legislación interna de

⁴⁹⁷ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124.

⁴⁹⁸ Reglas de Brasilia, Regla 1.

⁴⁹⁹ Reglas de Brasilia, Reglas 3 y 4.

cada país; - los abogados y otros profesionales de Derecho, así como los colegios y agrupaciones de abogados; - las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de *Ombudsman*; - policías y servicios penitenciarios; y - en general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento⁵⁰⁰ (entiéndase, los auxiliares de la administración de justicia tales como peritos). De esta manera las Reglas conceden a los actores del propio sistema de justicia la responsabilidad de contribuir a la reducción de las desigualdades.

La vulnerabilidad en razón de la *edad* está determinada por la condición de niño, niña y adolescente y de persona adulta mayor. En el caso de los primeros, las Reglas han adoptado el sentido del art. 1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁵⁰¹ en relación a quien se considera niño, aunque ampliándola a la niña y a los adolescente, para una cabal visibilización de cada uno de estos sujetos; paralelamente, han establecido el deber de brindar a éstos una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo,⁵⁰² así como que los actos judiciales en que participen niños, niñas y adolescente se deben celebrar en una sala adecuada, facilitando la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo y evitando todos los formalismos innecesarios -tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares- y que, particularmente en estos actos, se debe tener en cuenta la edad y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes,⁵⁰³ de acuerdo con los postulados de la Doctrina de Protección Integral⁵⁰⁴ que orientan la mencionada Convención. En el

⁵⁰⁰ Reglas de Brasilia, Regla 24.

⁵⁰¹ La Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, fue ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990. Información disponible en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en. El art. 1 de la Convención dice: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁵⁰² Reglas de Brasilia, Regla 5.

⁵⁰³ Reglas de Brasilia, Regla 78.

⁵⁰⁴ La Doctrina de Protección Integral es un conjunto de ideas filosóficas, éticas, jurídicas y políticas que determinan cómo se deberían comprender, asumir, reconocer y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes. La concepción de la Doctrina de Protección Integral recogida por la Convención se basa en las siguientes afirmaciones: los niños, niñas y adolescentes son sujetos, capaces, tienen la necesidad de respeto especial a su condición de personas en desarrollo y una percepción autónoma de sus necesidades y situación que les rodea. Sistema Nacional de Protección Integral de Niñez y Adolescencia-Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, Presentación *Doctrina de Protección Integral*, Quito, 2009, en <http://es.scribd.com/doc/17176819/DOCTRINA-DE-PROTECCION-INTEGRAL>.

caso de las personas adultas mayores, las Reglas de Brasilia reconocen que el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando dichas personas encuentran especiales dificultades -atendiendo a sus capacidades funcionales- para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia;⁵⁰⁵ es decir, propugnan el reconocimiento de los derechos de las personas adultas mayores y la prevención/erradicación de *actitudes edadistas* que las discriminan por su avanzada edad cronológica, todo ello en consonancia con los *Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad*,⁵⁰⁶ en especial del Principio 12 que establece: “Las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado”.

En cuanto a la vulnerabilidad en razón de la *discapacidad*, las Reglas de Brasilia recogen los estándares de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*,⁵⁰⁷ principalmente en lo relacionado con la accesibilidad al sistema de justicia; en ese sentido puntualizan que se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizarla, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.⁵⁰⁸ De manera particular, las Reglas establecen que se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir y que se promoverá de manera particular la reducción de barreras arquitectónicas, tanto para el acceso como para la estancia en los edificios judiciales.⁵⁰⁹ Cabe indicar que el art. 13 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, dispone específicamente, en lo relativo al acceso a la justicia, que:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes

⁵⁰⁵ Reglas de Brasilia, Regla 6.

⁵⁰⁶ Los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad fueron aprobados en la 74ª sesión plenaria de la ONU realizada el 16 de diciembre de 1991.

⁵⁰⁷ La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y fue ratificada por Ecuador el 3 de abril de 2008. Información disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

⁵⁰⁸ Reglas de Brasilia, Regla 8.

⁵⁰⁹ Reglas de Brasilia, Regla 77.

de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Por lo cual las Reglas de Brasilia deben ser aplicadas e interpretadas en el sentido que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos de las personas con discapacidad, esto es, de la norma más protectora, conforme al principio *pro homine*.⁵¹⁰ Al efecto, se debe recordar que el objetivo primordial de los instrumentos internacionales es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación de éstos debe hacerse en el sentido que mejor proteja a la víctima de violación de derechos humanos.

Volviendo a las causas de vulnerabilidad establecidas en las Reglas de Brasilia, la *pertenencia a comunidades indígenas* es considerada también por éstas como factor de vulnerabilidad, por lo cual establecen que se deberán promover las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas; y que, además, los poderes judiciales deben asegurar que el trato que éstos reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.⁵¹¹ Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en las propias Reglas sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.⁵¹² En esa línea, se dispone que en la celebración de

⁵¹⁰ El principio *pro homine* es “[...] un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos [...] Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estará siempre a favor del hombre”. Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p. 163. Véase también, Humberto Henderson, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en *Revista IIDH*, vol. 39, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 71-99.

⁵¹¹ Reglas de Brasilia, Regla 9.

⁵¹² *Loc. cit.*

los actos judiciales se respete la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.⁵¹³ No obstante, si bien las Reglas hacen referencia expresa a la pertenencia a comunidades indígenas como un posible factor de vulnerabilidad cuando los integrantes de estas comunidades ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal, nada dicen sobre otras personas que debido a su raza también pueden ser discriminadas en ese mismo supuesto, tales como las personas integrantes de *comunidades afrodescendientes*, mismas que históricamente han sido excluidas y discriminadas y por lo cual están amparadas por la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*.⁵¹⁴

En cuanto a la *pertenencia a minorías*, las Reglas de Brasilia establecen que puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.⁵¹⁵ En este tema, las Reglas también incurren en una omisión pues nada dicen de la protección a las denominadas “*minorías sexuales*”, esto es, las personas que en razón de su orientación sexual o identidad de género son constantemente discriminadas e incluso violentadas en nuestras sociedades, en todas las esferas de la vida. En todo caso, este aspecto se debe interpretar, siguiendo los principios orientadores del Derecho Internacional de Derechos Humanos -entre ellos el principio *pro homine*- así como el tenor literal de las propias Reglas de Brasilia, en el sentido de que estas personas, y otras no mencionadas expresamente en las mismas, son beneficiarias de dichas Reglas toda vez que la lista de causas de vulnerabilidad señaladas no es exhaustiva habida cuenta que en la redacción se consigna el término “entre otras”.⁵¹⁶

La *victimización* es otra de las causas que, conforme las Reglas de Brasilia, coloca en situación de vulnerabilidad a las personas. Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o

⁵¹³ Reglas de Brasilia, Regla 79.

⁵¹⁴ La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de las Naciones Unidas, entró en vigor el 4 de enero de 1969 y fue ratificada por Ecuador el 22 de septiembre de 1966. Información disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

⁵¹⁵ Reglas de Brasilia, Regla 21.

⁵¹⁶ Reglas de Brasilia, Regla 4.

mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal.⁵¹⁷ Las Reglas de Brasilia destacan expresamente a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta. No se destaca, sin embargo, las víctimas de otros delitos graves tales como la trata de personas o las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, ni los familiares de las víctimas en general, ni de ciertos delitos en particular como los señalados, que son objeto de amenazas, intimidación o persecución para que no acudan a la justicia a denunciar los mismos o desistan de las acciones emprendidas, por lo cual se encuentran en una situación particular de vulnerabilidad y, por tanto, requieren de una protección particular como lo han señalado varios instrumentos internacionales.

Frente a la victimización, las Reglas de Brasilia alientan la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito, esto es la *victimización primaria*; asimismo disponen se procure que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia o *victimización secundaria*, lo cual es una falla que comparten en común (en menor o mayor grado) los sistemas de justicia. Adicionalmente, las Reglas de Brasilia orientan a garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida, como cuando una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo; para lo cual señalan que podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a rendir testimonio en el proceso judicial, debiendo prestarse especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así

⁵¹⁷ Reglas de Brasilia, Regla 11.

como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.⁵¹⁸

A efectos de aclarar el alcance de la victimización como causa de vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia **definen como víctima** a “toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que estén a cargo de la víctima directa”.⁵¹⁹ Del análisis de esta definición se desprende que no refleja el desarrollo del Derecho Internacional de Derechos Humanos, pues no incluye la noción de víctima colectiva, categoría reconocida en instrumentos internacionales tales como la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* y los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, así como la jurisprudencia de derechos humanos.⁵²⁰ En segundo lugar, deja abierta la interpretación de “infracción penal”, pues no precisa si ésta se daría en violación de la ley penal nacional o de la ley penal internacional o de las dos ni si dicha infracción penal debe ser procesada y/o sentenciada. En tercer lugar, la noción se restringe a las víctimas de infracciones penales, dejando fuera a las víctimas de la violación de otros derechos humanos que acceden a la justicia, las que también pueden ser objeto de violación del derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva.

En relación a la *migración y desplazamiento interno* como causa de vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia señalan que el desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios⁵²¹ y sus familiares. Asimismo, establecen la obligación de reconocer una protección especial a

⁵¹⁸ Reglas de Brasilia, Regla 12.

⁵¹⁹ Reglas de Brasilia, Regla 10.

⁵²⁰ Véase por ejemplo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/00, caso 11.10, “*Masacre de Caloto*” vs. *Colombia*, 13 de abril de 2000; Corte IDH, caso de la *Comunidad de Mayagna (Sumo) Awá Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁵²¹ Las Reglas consideran trabajador migratorio a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951, así como a los solicitantes de asilo⁵²² y los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.⁵²³

La *pobreza* constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.⁵²⁴ Para Leandro Despouy, los factores económicos suelen tener un enorme impacto en el acceso a la justicia, “Su vertiente estructural se relaciona con la escasa dotación presupuestaria de los ministerios de justicia, la insuficiente formación de los profesionales de la justicia, la precariedad de las instalaciones, las dilaciones de los procesos, la obsolescencia de instrumentos para realizar peritajes y análisis técnicos, la insuficiencia de las partidas destinadas a la asistencia jurídica gratuita, etc. Son temas que directa e indirectamente afectan el acceso a la justicia [...]”.⁵²⁵ Además, los procesos judiciales pueden ser muy gravosos económicamente para las personas que acceden o pretenden acceder a la justicia, en especial las de los sectores sociales con menos recursos, de ahí que “[...] la jurisprudencia y la doctrina han llegado a considerar que la imposibilidad de pagar la asistencia legal o cubrir los gastos derivados del proceso configura una verdadera discriminación cuando la posición económica de una persona la coloca en condiciones de desigualdad ante la ley”.⁵²⁶

El *género* como factor de vulnerabilidad en el acceso a la justicia está contextualizado en las Reglas de Brasilia, desde dos aristas: la discriminación contra la

⁵²² Reglas de Brasilia, Regla 13.

⁵²³ Reglas de Brasilia, Regla 14.

⁵²⁴ Reglas de Brasilia, Regla 15.

⁵²⁵ Leandro Despouy, “Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, en Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2008, 1ª ed., p. 128.

⁵²⁶ *Ibíd.*, p. 128

mujer y la violencia contra la mujer. En el caso de la discriminación contra la mujer las Reglas de Brasilia reproducen la definición de *la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, al establecer que se entiende por ésta “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.⁵²⁷ En relación a la violencia contra la mujer, la Regla 19 se limita a definirla como “[...] cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica” (El subrayado es propio). Es decir, por una parte, asumen la conceptualización que, sobre la misma, hace la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*,⁵²⁸ y, por otra, excluye de los tipos de violencia empleada a la violencia sexual, en clara oposición al art. 2 de la Convención que establece: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: [...]”. En relación a esta causa de vulnerabilidad, se establece que se deben impulsar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones; y que se prestará especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.⁵²⁹ Es necesario señalar que la discriminación que sufre la mujer en el acceso a la justicia, como bien lo precisan las propias Reglas de Brasilia, se ve agravada en aquellos casos en los que concurra una o más causas de vulnerabilidad, a saber: víctima de delitos sexuales, discapacidad,

⁵²⁷ Reglas de Brasilia, Regla 18.

⁵²⁸ El art. 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, dice: “Para efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

⁵²⁹ Reglas de Brasilia, Regla 20.

pertenencia a comunidades indígenas o afrodescendientes, pertenencia a minorías sexuales, pobreza, situación de refugio, asilo o desplazamiento interno.

Sin embargo, las Reglas de Brasilia no establecen cómo, en el funcionamiento de los sistemas de justicia penal, el género se convierte en condición de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violencia. En ese sentido, conviene puntualizar que las construcciones de género, que transforman la diferencia sexual en desventaja para las mujeres y privilegian lo masculino frente a lo femenino, influyen en el desarrollo de los sistemas de justicia penal, lo cual puede degenerar en impunidad al momento que se judicializan o se intentan judicializar los casos de discriminación y violencia contra las mujeres. Así, las mujeres víctimas de violencia de género (principalmente las de violencia doméstica y sexual) tienen que enfrentar obstáculos de diferente índole cuando tratan de acceder a la justicia, entre estos: los *estereotipos negativos de género*, que se traducen en actitudes discriminatorias e insensibles contra ellas por parte de los integrantes del sistema de justicia penal. Respuestas prejuiciadas como “usted se lo buscó”, “que habrá hecho”, “los trapos sucios se lavan en casa”, “es sólo un golpe”, “eso les pasa por andar de noche”, trivializan la violencia doméstica y sexual, culpabilizan a sus víctimas y, por ende, las revictimiza; sin embargo, son frecuentes entre los operadores de justicia de diversos países del mundo, conforme lo reportan los informes de organismos especializados.⁵³⁰ Además, en ocasiones son los propios operadores de justicia quienes desalientan a las mujeres para que no denuncien o las forzan a retirar las ya presentadas, sobre todo en casos de violencia doméstica por considerarla un asunto privado que debe ser tratado al interior de la familia o, simplemente, por la “necesidad” de anteponer la “unión familiar” o el “bienestar” de los hijos/as, como si los derechos e intereses personales de las víctimas de violencia de género no tuvieran valor. Lo cual es sumamente grave tomando en cuenta que, para acceder o intentar acceder a la administración de justicia, muchas víctimas de violencia de género hacen esfuerzos por vencer sus miedos y las culpas impuestas por el sistema patriarcal.⁵³¹ Todo esto sin dejar

⁵³⁰ Entre ellos, la CIDH en su *Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007.

⁵³¹ El sistema patriarcal o patriarcado etimológicamente significa “gobierno de los padres”; proviene de las palabras griegas mandar y padre. Sistema que, basándose en una supuesta inferioridad biológica de las

de recordar que los obstáculos socioculturales señalados se conjugan, además, con los institucionales, procesales y económicos por los que tienen que pasar las víctimas de la violencia de género para acceder a la justicia.

Finalmente, en relación a las causas de vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia señalan que la *privación de la libertad*, ordenada por autoridad pública competente (ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo) puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.⁵³²

Es decir, las Reglas de Brasilia ponen al descubierto que existe un grupo o grupos de personas que, pese a ser iguales ante la ley, desde lo formal, son objeto de discriminación cuando acceden a los servicios del sistema judicial y que, por tanto, merecen atención especial por parte de los servidores y operadores del sistema de justicia.

El capítulo relativo al *efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos*, contiene importantes disposiciones que se desarrollan a partir del postulado de que “Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad”.⁵³³

En ese sentido, desde la óptica de la cultura jurídica, las Reglas de Brasilia emplazan a promover actuaciones destinadas a proporcionar a las personas en condición de vulnerabilidad, información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia; y a incentivar la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en el diseño, divulgación y capacitación de una “cultura cívica jurídica”, en particular, de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de

mujeres -a través de ideas, creencias, valores, actitudes y conductas- origina, reproduce y justifica la subordinación y opresión de las mujeres, y el dominio masculino sobre éstas.

⁵³² Reglas de Brasilia, Reglas 22 y 23.

⁵³³ Reglas de Brasilia, Regla 31.

las grandes ciudades. Como bien señalan Andreu-Guzmán y Courtis,⁵³⁴ parte de las barreras para el efectivo acceso a la justicia en nuestros países se deben a la distancia social existente entre los operadores jurídicos -en su mayoría provenientes de estratos económicos medios y altos, con acceso a estudios universitarios- y las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en su gran mayoría pobres; distancia social que se refleja en las dificultades de comunicación debidas al empleo innecesario de lenguaje técnico, profesional o simplemente arcaico, de tal manera que la barrera es creada en estos casos por los propios operadores jurídicos, más no por las personas en situación de vulnerabilidad; en ese sentido, es hacia ellos que debe dirigirse la capacitación.⁵³⁵ Más aún cuando, en relación a la comprensión de las actuaciones judiciales, las Reglas de Brasilia orientan a adoptar las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado; lo cual es aplicable, con determinadas especificaciones, en el caso de notificaciones y requerimientos, contenido de las resoluciones judiciales y comprensión de actuaciones orales.⁵³⁶

Por otra parte, las Reglas de Brasilia promocionan la asistencia técnico-jurídica a la persona en condición de vulnerabilidad, ya sea en el ámbito de la *consulta jurídica* sobre toda cuestión susceptible de afectar sus derechos o intereses legítimos, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial; para *defender derechos* en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales; y en *asistencia letrada al detenido*. En ese sentido, destacan la conveniencia de promover una política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de las personas vulnerables, para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales, “ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades,

⁵³⁴ Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis, “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, en Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 1ª ed., 2008, p. 59.

⁵³⁵ Reglas de Brasilia, Reglas 26-27.

⁵³⁶ Reglas de Brasilia, Reglas 58-61.

casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados”. Defensa técnico-jurídica que debe ser garantizada bajo parámetros de calidad, especialización y gratuidad, a aquellas personas que no estén en posibilidades económicas de afrontar los gastos del proceso.⁵³⁷

Las Reglas de Brasilia también garantizan el uso de intérprete al “extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad” cuando vaya a ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.⁵³⁸ De lo cual se colige: por un lado, que este derecho no es aplicable a todas las actuaciones judiciales sino a unas cuantas; y, por otro, que el derecho al uso de intérprete excluye a las víctimas nacionales pertenecientes a una minoría étnica o lingüística o a una comunidad indígena, que requiera servicios de intérprete, a quienes, las propias Reglas de Brasilia, han señalado como sus beneficiarias directas, por lo que ésta disposición amerita ser ampliada.

Por otra parte, las Reglas de Brasilia obligan a revisar los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, estableciendo algunas medidas procesales y de organización y gestión judicial.⁵³⁹ Además, dentro de este capítulo, las Reglas de Brasilia hacen especial referencia a los medios alternativos de resolución de conflictos y al sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas.⁵⁴⁰

Cabe resaltar que, en el marco del *derecho a la información de las víctimas*, la Regla 56 promueve que éstas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional: - posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido; - lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción; - curso dado a su denuncia o escrito; - fases relevantes del desarrollo del proceso; y - resoluciones que dicte el órgano judicial. Además, cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en

⁵³⁷ Reglas de Brasilia, Reglas 28-31.

⁵³⁸ Reglas de Brasilia, Regla 32.

⁵³⁹ Reglas de Brasilia, Reglas 33-42.

⁵⁴⁰ Reglas de Brasilia, Reglas 43-49.

libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.⁵⁴¹

La *comprensión de las actuaciones judiciales* también se encuentra claramente determinada en las Reglas de Brasilia, conforme se anticipó en líneas *supra*. Para el efecto se señala que en las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en las Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias; en las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico; y, se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe.⁵⁴²

La *asistencia profesional* que se brindará a la persona en condición de vulnerabilidad está orientada hacia dos momentos: 1. Antes de la celebración del acto, en el cual se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración del acto judicial; y, 2. Durante el acto judicial, en el sentido de que, cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos judiciales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional (no se señala de qué tipo, pudiendo ser cualquiera) cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad, o con la presencia de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad,⁵⁴³ que puede ser un amigo/a o familiar.

Las condiciones de la *comparecencia* ocupan también un lugar destacado en las Reglas de Brasilia, estando delimitadas en relación al lugar, tiempo y forma, a saber:⁵⁴⁴ el lugar de la comparecencia será cómodo, accesible, seguro y tranquilo; el tiempo de la

⁵⁴¹ Reglas de Brasilia, Regla 57.

⁵⁴² Reglas de Brasilia, Reglas 58-61.

⁵⁴³ Reglas de Brasilia, Reglas 64-65.

⁵⁴⁴ Reglas de Brasilia, Reglas 62-74.

comparecencia en el acto judicial será el menor posible, debiendo celebrarse puntualmente, evitar comparecencias innecesarias y procurar la concentración en el mismo día de la práctica de diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona, además se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, para lo cual podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto a fin de evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales; en la forma de la comparecencia se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como su edad, grado de madurez, nivel educativo, capacidad intelectual, grado de discapacidad o las condiciones socioculturales, además se procurará formular preguntas claras, con una estructura sencilla. En este sentido también se señala que quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito; y, cuando sea necesario, se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, pudiendo resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

Para efectos de la *seguridad* de las víctimas o testigos en condición de vulnerabilidad que intervengan en un proceso judicial, las Reglas de Brasilia recomiendan adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva de sus bienes jurídicos, así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses; al respecto, se dispone prestar especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores de edad víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.⁵⁴⁵

Por otra parte, a fin de proteger la *intimidad* de las personas en condición de vulnerabilidad las Reglas de Brasilia subrayan tres aspectos: primero, la reserva de las actuaciones judiciales, con el acceso tan solo de las personas involucradas, cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje;

⁵⁴⁵ Reglas de Brasilia, Reglas 75-76.

segundo, la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad, en especial cuando se trate de niños, niñas y adolescentes; y, tercero, la protección de datos personales y por ende la publicidad no deseada de los mismos, particularmente en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.⁵⁴⁶

Por último, las Reglas de Brasilia anuncian que la *eficacia* de las mismas “está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios”, y destacan la importancia de que el poder judicial colabore con los otros poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Cabe indicar que, más que la colaboración, es necesaria la coordinación entre los destinatarios a fin de evitar la victimización secundaria de las personas beneficiarias de las Reglas y garantizar de mejor forma sus derechos; es precisamente la falta de coordinación interinstitucional uno de los factores que genera dicha victimización.

En definitiva, las Reglas de Brasilia constituyen un significativo avance en el reto de visibilizar, asumir y superar las situaciones de vulnerabilidad que niegan a muchas personas y colectivos el derecho a acceder a la justicia y a la tutela judicial para hacer valer sus derechos humanos en condiciones de igualdad. Así, sobre la base normativa e interpretativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Reglas de Brasilia reconocen que los derechos de acceso a la justicia y a las garantías del debido proceso forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva que los Estados deben reconocer a las personas sin excepción; que ciertas personas, por su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad, tienen dificultades para acceder a la justicia y ejercer sus derechos; y, que los Estados tienen la obligación de remover las barreras y obstáculos de todo orden que impiden o dificultan el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares, en especial por parte de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad.

⁵⁴⁶ Reglas de Brasilia, Reglas 80-83.

Es necesario anotar que, dando continuidad a las Reglas de Brasilia, en el marco de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana que se llevó a cabo en Santiago de Chile del 2 al 4 de abril de 2014, se elaboró y presentó el *Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género*,⁵⁴⁷ que se divide en dos volúmenes: el relativo a niñas, niños y adolescentes, personas, comunidades y pueblos indígenas, personas con discapacidad y migrantes; y, el relativo a mujeres víctimas de violencia. Se espera que este instrumento y, en particular las reglas generales de actuación que contiene, constituyan una herramienta práctica para auxiliar a los jueces y juezas en su tarea de impartir justicia especializada a las víctimas que, por su condición de vulnerabilidad, requieren también de una protección y trato especiales.

2.7. Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas

El 27 de abril de 2012, la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, reunida en Buenos Aires-Argentina, aprobó la *Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas*⁵⁴⁸ (en adelante la Carta) ante “la necesidad de generar un instrumento axiológico que permita un marco de referencia para todos los países integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el cual pretende instrumentalizar y desarrollar las Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia, en materia de víctima en general y de delito en particular”.⁵⁴⁹

La Carta tiene como objetivo garantizar y hacer efectivos de manera integral los derechos de las víctimas en todo tipo de procesos judiciales y durante todos los momentos del proceso, así como la reparación del daño causado, sin discriminación de

⁵⁴⁷

Disponible en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=D_LFE-6361.pdf.

⁵⁴⁸ Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, en http://www.oj.gob.gt/cji-primerarondatalleres/index.php?option=com_rubberdoc&view=category&id=62&Itemid=146. Cabe precisar, que, al momento de aprobar la Carta, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador hizo una reserva, al igual que los órganos supremos de justicia de Uruguay, Puerto Rico, Brasil, Honduras, Argentina y República Dominicana, en lo que se refiere a la condición de la víctima en el proceso penal como en los derechos que se derivan de tal condición, en especial del ejercicio de la acción penal, la constitución como parte acusadora y la interposición de recursos, al entender que la titularidad de la acción penal ha de corresponder en todo caso al Ministerio Fiscal; así se establece en la página 15 de la Declaración de Buenos Aires mediante la cual se aprobó la Carta. La Declaración de Buenos Aires está disponible en <http://www.scjn.gob.mx/ForosPermanentes/Declaraci%C3%B3n%20de%20Buenos%20Aires.pdf>.

⁵⁴⁹ Carta, Exposición de Motivos.

ningún tipo, en todos sus contactos con cualquier autoridad pública, servicio de apoyo a las víctimas o servicio de justicia, respetando los sistemas jurídicos y las legislaciones nacionales.⁵⁵⁰

Para los efectos de la Carta “**se entenderá por víctima**, a toda persona física que haya sido indiciariamente afectada en sus derechos por una conducta delictiva, particularmente aquellas que hayan sufrido violencia ocasionada por una acción u omisión que constituya infracción penal o hecho ilícito, sea física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico”. Se considerarán víctimas los pueblos indígenas lesionados por éstas mismas conductas. También podrá incluir a la familia inmediata o las personas que están a cargo de la víctima directa.⁵⁵¹

De esta definición se colige que la Carta da un paso más adelante en relación a las propias Reglas de Brasilia pues considera víctimas a los pueblos indígenas lesionados por infracciones penales o hechos ilícitos, es decir, amplía la noción de víctima a las *víctimas colectivas* que, como se indicó en líneas anteriores, no incluye las Reglas de Brasilia.

En lo sustancial la Carta desarrolla los siguientes derechos: - derecho de acceso a la justicia; - derecho de información y derecho a entender y ser entendida; - derecho a intervenir en forma directa en los mecanismos de conciliación,⁵⁵² acuerdos reparatorios y terminación anticipada del proceso; - derecho a un trato digno; derecho a la asistencia

⁵⁵⁰ Carta, art. 1.

⁵⁵¹ Carta, art. 2.

⁵⁵² En Ecuador, si bien desde el 2000 la conciliación estaba prevista en el art. 372 del Código de Procedimiento Penal dentro del trámite de la acción penal privada, a partir del 2014, con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se introduce la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en el ejercicio público de la acción penal; el cual, siguiendo los principios y reglas previstas para el efecto, podrá pedirse a la o el fiscal antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos: 1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años; 2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte; y, 3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Estando *excluidos* de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, *delitos contra la integridad sexual y reproductiva* y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; según lo dispone el art. 663 del COIP. Por otra parte, en la justicia penal adolescente, también desde el 2014, mediante reformas que incorpora el COIP al Código de la Niñez y Adolescencia, se refuerza el uso de la conciliación ya existente y se introduce la mediación penal en delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta 10 años, delitos en los que procede también la conciliación (Código de la Niñez y Adolescencia, arts. 345-348). No se conoce, hasta el momento de la elaboración del presente trabajo, de evaluaciones o investigaciones que permitan determinar las ventajas, alcances y limitaciones de estos mecanismos tanto en la justicia penal de adultos como en la de adolescentes.

y acceso a los servicios de apoyo a víctimas; - derecho a la protección; - derecho a la reparación; - derecho a la asociación; - derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación; - derecho a un recurso humano capacitado; y, - derecho a una estructura accesible.

El derecho de acceso a la justicia está desarrollado en la Carta de la siguiente forma:

Las víctimas tienen derecho a que los Estados tengan una política articulada, integral y sostenible de acceso a la justicia que tome en cuenta sus diferencias e identidad cultural, eliminando todo tipo de práctica discriminatoria, que proporcione procedimientos judiciales y administrativos, que consideren las necesidades de las víctimas. Estos servicios deben ser oportunos, expeditos, accesibles y gratuitos. Además del acceso individual a la justicia, los sistemas judiciales procurarán establecer los procedimientos o las reformas legales correspondientes, para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtenerla, según proceda.⁵⁵³

Como parte del derecho de acceso a la justicia, la Carta reconoce los siguientes derechos: derecho de tutela judicial efectiva, derecho de participación en el proceso, derecho de ejercer la acción penal y derecho a la concentración de actos judiciales.

El derecho de *tutela judicial efectiva* está desarrollado en el siguiente sentido: “El acceso a la justicia comprende la tutela judicial efectiva, entendida ésta como la posibilidad de reclamar ante los órganos jurisdiccionales la apertura de un proceso sin obstáculos procesales, obteniendo una sentencia de fondo motivada y fundada en un tiempo razonable, garantizando la ejecutoriedad del fallo”.⁵⁵⁴

El virtud del derecho de *participación en el proceso* la Carta establece que la víctima tiene derecho a participar activamente en todas las etapas del proceso, por lo que se le debe garantizar ser escuchada, impugnar ante la autoridad judicial las omisiones de la investigación de los delitos, interponer los recursos contra las resoluciones que menoscaben sus derechos, particularmente aquellas que pongan fin al proceso, participar en las audiencias de fijación y modificación de las medidas privativas de libertad,

⁵⁵³ Carta, art. 3.

⁵⁵⁴ Carta, art. 3, Derecho de acceso a la justicia, 3.1. Derecho de tutela judicial efectiva.

facilitar elementos de prueba, así como recibir información sobre la liberación del autor del delito. En la fase de ejecución de la sentencia, la víctima tiene derecho a ser informada de las condiciones de cumplimiento de la pena y participar en las audiencias donde se modifique la misma.⁵⁵⁵

El derecho de *ejercer la acción penal* se le reconoce a la víctima a fin de que “pueda constituirse en acusadora,” aunque también podrá coadyuvar con el Ministerio Público para perseguir los delitos ante los Tribunales de Justicia, con plena capacidad de parte. De igual forma, conforme a la Carta, se le debe reconocer a la víctima el derecho de perseguir los delitos que el Ministerio Público deje de perseguir en los casos en que se haya aplicado criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, salvo casos de delincuencia organizada, siempre y cuando se le indemnice el daño.⁵⁵⁶

Por su parte, el derecho a la *concentración de actos judiciales* está orientado a que la administración de justicia busque agilizar los procesos judiciales de modo que la respuesta a la víctima se brinde en el menor tiempo posible, evitando comparecencias innecesarias, de tal manera que la víctima solamente deberá acudir cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.⁵⁵⁷

Es decir, la Carta fortalece los derechos de las víctimas, viabiliza el ejercicio efectivo de los mismos, y garantiza a las víctimas de delitos, sin discriminación, el acceso a la justicia y a los servicios del sistema judicial, considerando la diversidad cultural de los países de la región. Sus postulados constituyen un estándar garantista de derechos humanos que las máximas instancias de los poderes judiciales de la región iberoamericana se han comprometido a hacer efectivas en sus respectivos países, por lo que, a más de contener un importante marco de referencia para instrumentalizar y desarrollar las Reglas de Brasilia, su contenido debe ser materializado en las actuaciones garantistas de juezas y jueces, que la propia Cumbre Judicial Iberoamericana debería monitorear.

⁵⁵⁵ Carta, art. 3, Derecho de acceso a la justicia, 3.2. Derecho de participación en el proceso.

⁵⁵⁶ Carta, art. 3, Derecho de acceso a la justicia, 3.3. Derecho de ejercer la acción penal.

⁵⁵⁷ Carta, art. 3, Derecho de acceso a la justicia, 3.4. Derecho a la concentración de los actos judiciales.

2.8. Directiva⁵⁵⁸ del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos

El 25 de octubre de 2012 el Parlamento Europeo⁵⁵⁹ y el Consejo de la Unión Europea⁵⁶⁰ emitieron la *Directiva por la que se establecen las Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos*⁵⁶¹ (en adelante la Directiva); aplicable en toda la Unión Europea, excepto Dinamarca. Este instrumento sustituye a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal de 2001. Sus disposiciones están encaminadas a garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales en el país de la Unión Europea donde ocurrió el delito, sin discriminación alguna e independientemente de su nacionalidad o estatuto de residente. Esta es una de las últimas iniciativas legislativas que, en el ámbito europeo, se han aprobado para normar la posición de la víctima frente al sistema de justicia penal.⁵⁶²

⁵⁵⁸ La Directiva es un instrumento normativo del Derecho Comunitario Europeo que vincula a los Estados destinatarios de la Unión en la consecución de resultados concretos en un plazo determinado, pero los deja en libertad con respecto a la forma y los medios adecuados para alcanzarlos; es decir, no es directamente aplicable pues requiere de un complemento normativo o “transposición” para ser implementada en el derecho interno de cada país. Su incumplimiento acarrea al Estado infractor responsabilidad ante las autoridades comunitarias. Junto con el Reglamento y la Decisión es una de las fuentes obligatorias del Derecho derivado de la Unión Europea.

⁵⁵⁹ El Parlamento Europeo es una de las siete instituciones que rigen la Unión Europea; conforme al art. 9 A, numeral 1., del Tratado de Lisboa (firmado el 13 de diciembre de 2007 y que modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), “El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al Presidente de la Comisión”.

⁵⁶⁰ El Consejo de la Unión Europea, Consejo de Ministros, Consejo Europeo o Consejo, es otra de las instituciones que rigen la Unión Europea; según lo establece el art. 9 C, numeral 1., del Tratado de Lisboa “El Consejo ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de definición de políticas y de coordinación, en las condiciones establecidas en los Tratados”.

⁵⁶¹ La Directiva entró en vigor el 15 de noviembre de 2012, esto es, al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, conforme lo establecido en su art. 31. Texto completo del documento disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:ES:PDF>.

⁵⁶² Entre otras Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa y del propio Consejo de Europa se destacan: el *Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de delitos violentos*, de 24 de noviembre de 1983; y la *Directiva del Consejo sobre Indemnización a las Víctimas de delitos*, de 29 de abril de 2004. Texto del Convenio disponible en <http://www.judicatura.com/Legislacion/1513.pdf>. Texto de la Directiva disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:261:0015:0018:es:PDF>.

Para efectos de la Directiva **se entenderá por víctima** a “la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal”; y, a “los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”.⁵⁶³

La Directiva establece tres ejes de derechos que les asiste a las víctimas y respecto de los cuales los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para hacerlos efectivos en sus respectivos territorios, a saber: derecho a información y apoyo; derecho a participar en el proceso penal; y, derecho a la protección y reconocimiento de necesidades especiales. Aunque la Directiva introduce normas de carácter mínimo, los Estados miembros pueden ampliar los derechos en ella establecidos con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección.⁵⁶⁴ En forma ampliada estos tres ejes de derechos comprenden:

1. El **derecho a información y apoyo**,⁵⁶⁵ el cual abarca los siguientes derechos de las víctimas:

- Derecho *a entender y a ser entendida* desde el primer momento y durante toda actuación necesaria en el contexto de los procesos penales; para el efecto, los Estados miembros garantizarán que las comunicaciones con las víctimas se hagan en lenguaje sencillo y accesible, oralmente o por escrito, tomando en cuenta las características personales de la víctima.

- Derecho *a recibir información* desde el primer contacto con una autoridad competente sobre el tipo de apoyo que las víctimas podrán obtener y de quién obtenerlo; los procedimientos de interposición de denuncias relativas a infracciones penales y su papel en relación con tales procedimientos; el modo y las condiciones en que podrán obtener protección, asesoramiento jurídico, asistencia jurídica o cualquier otro tipo de asesoramiento; indemnizaciones; interpretación y traducción; los procedimientos de reclamación existentes en caso de que las autoridades no respeten sus derechos; los datos

⁵⁶³ Directiva, art. 1.a.

⁵⁶⁴ Directiva, considerando 11.

⁵⁶⁵ Directiva, arts. 3-9.

de contacto para las comunicaciones sobre su causa; los servicios de justicia reparadora existentes; y, el modo y las condiciones para obtener el reembolso de los gastos en que hayan incurrido como resultado de su participación en el proceso penal.

- Derecho a *denunciar una infracción penal*, a hacerlo en una lengua que entienda o con la asistencia lingüística necesaria y gratuita para ello, y a recibir una declaración por escrito de la misma también en la lengua que entienda.

- Derecho a *recibir información sobre su causa*, sin retrasos innecesarios, que incluye cualquier decisión que el sistema de justicia tome de no iniciar o de poner término a una investigación o de no procesar al infractor; la hora, el lugar del juicio, y la naturaleza de los cargos contra el infractor; cualquier sentencia firme en el juicio; el estado en que se encuentra el proceso penal, a menos que, en casos excepcionales, el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado por dicha notificación; la puesta en libertad o fuga de la persona inculpada o condenada por las infracciones penales que les afecten y cualquier medida pertinente tomada para la protección de la víctima en estos casos.

- Derecho a *traducción e interpretación gratuita*, al menos durante las entrevistas o las tomas de declaraciones en los procesos penales, ante las autoridades de instrucción y judiciales, incluso durante los interrogatorios policiales y cualquier audiencia interlocutoria, cuando no entiendan o no hablen la lengua del proceso penal de que se trate, si así lo solicitan y de acuerdo con su estatuto en el sistema de justicia penal pertinente.

- Derecho de *acceso gratuito y confidencial a los servicios de apoyo a las víctimas*, de acuerdo con sus necesidades, antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal. Estos servicios de apoyo facilitarán a las víctimas como mínimo: información, asesoramiento y apoyo adecuados en relación con sus derechos y su papel en el proceso penal; información sobre cualquier servicio pertinente de apoyo especializado o derivación directa al mismo; apoyo emocional y, cuando se disponga de él, psicológico; asesoramiento sobre cuestiones financieras y de tipo práctico resultantes del delito; asesoramiento sobre el riesgo y la prevención de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias. Salvo que sean proporcionados por otros servicios públicos o privados, los servicios de apoyo

especializados desarrollarán y proporcionarán como mínimo: refugios o cualquier otro tipo de alojamiento provisional para las víctimas que necesiten de un lugar seguro debido a un riesgo inminente de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias; y, apoyo específico e integrado a las víctimas con necesidades especiales, como las víctimas de violencia sexual, las víctimas de violencia de género y las víctimas de violencia en las relaciones personales, incluidos el apoyo para la superación del trauma y el asesoramiento.

Cabe indicar que parte medular de la Directiva se encuentra en sus considerandos de los que se recupera, para los fines de este trabajo, la afirmación de que las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género, que incluye entre otras, la violencia sexual, así como sus hijos, requieren con frecuencia especial apoyo especializado y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia y a un riesgo de lesión particularmente elevado; por lo que los servicios de apoyo especializado deben basarse en un enfoque integrado y preciso que tenga en cuenta, en particular, las necesidades específicas de las víctimas, la gravedad del daño sufrido como consecuencia de un delito, así como la relación entre las víctimas, los infractores, sus hijos y su entorno social más amplio.⁵⁶⁶ Consideración que va de la mano con los postulados del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* de 2011,⁵⁶⁷ en particular lo relacionado con el servicio de apoyo generales y el apoyo a las víctimas de violencia sexual.⁵⁶⁸ Es decir, los Estados miembros deben adecuar su legislación interna en favor de las víctimas, tomando en cuenta esta consideración así como la normativa aplicable según el caso y las directrices dadas en esta Directiva.

⁵⁶⁶ Directiva, considerandos 17 y 38.

⁵⁶⁷ Convenio firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, tras la ratificación de 10 países signatarios, de los cuales al menos 8 eran Estados miembros del Consejo de Europa, conforme los términos previstos en el art. 75.3 del mismo. Texto del documento disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680462543>.

⁵⁶⁸ *Ibíd.*, arts. 20 y 25.

2. El **derecho a participar en el proceso penal**,⁵⁶⁹ que incluye los siguientes derechos de las víctimas:

- Derecho *a ser oídas* durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba; si la víctima es menor de edad se tomará en cuenta su edad y madurez.

- Derecho *a la revisión de una decisión* fiscal o judicial de no continuar con el procesamiento del infractor, en especial, en caso de delitos graves.

- Derecho *a garantías de protección contra la victimización secundaria o reiterada*, la intimidación o las represalias cuando opten por participar en procesos de justicia reparadora, siempre que ésta proceda y se cumplan las condiciones establecidas para ello.

- Derecho *al acceso a asistencia jurídica gratuita* cuando sean parte en un proceso penal, conforme a las condiciones o normas procesales del Derecho nacional.

- Derecho *al reembolso de los gastos* que hayan afrontado por su participación activa en el proceso penal, de acuerdo a las condiciones o normas procesales del Derecho nacional.

- Derecho *a la restitución de bienes* que les hayan sido incautados en el curso de un proceso penal, salvo en caso de necesidad impuesta por el proceso penal, de acuerdo a las condiciones o normas procesales del Derecho nacional.

- Derecho *a obtener una decisión relativa a la indemnización* por parte del infractor en el curso del proceso penal, en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial; los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

- Derechos de las *víctimas residentes en otro Estado miembro* a que se tome su declaración inmediatamente después de que se presente la denuncia de la infracción penal ante la autoridad competente; a que se recurra, en la medida de lo posible, cuando se la deba oír y resida en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en el Convenio correspondiente; a disponer de la posibilidad de presentar la denuncia ante las autoridades competentes del Estado

⁵⁶⁹ Directiva, arts. 10-17.

miembro de residencia si no pudieran hacerlo en el Estado miembro en el que se haya cometido la infracción penal o si no desearan hacerlo.

Este grupo de derechos propende a que la víctima cuente con “un acceso suficiente a la justicia” y las facilidades correspondientes para ello, según su situación personal y necesidades inmediatas.

3. El **derecho a la protección y reconocimiento de necesidades especiales**,⁵⁷⁰ comprende el siguiente grupo de derechos de las víctimas:

- Derecho *a la protección frente a la victimización secundaria* o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger su dignidad durante la toma de declaración y cuando testifiquen.

- Derecho *a evitar el contacto con el infractor* en las dependencias donde se celebre el proceso penal, salvo que éste lo requiera.

- Derecho *a la protección durante las investigaciones penales*; para el efecto, los Estados miembros velarán porque durante las investigaciones penales: - la toma de declaración de las víctimas se lleve a cabo sin dilaciones injustificadas; - el número de declaraciones de las víctimas sea el menor posible y sólo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones penales; - las víctimas puedan ir acompañadas de su representante legal y de una persona de su elección, a menos que se haya adoptado una resolución motivada en contrario; - cualquier reconocimiento médico se reduzca al mínimo y se efectúe únicamente si es necesario para los fines del proceso penal.

- Derecho *a la protección de la intimidad*, incluidas su características personales así como sus imágenes y la de sus familiares, y la no difusión de cualquier información que pudiera llevar a la identificación de las víctimas menores de edad.

Los derechos antes señalados están orientados, principalmente, a proteger a las víctimas de una posible victimización secundaria en su participación en el proceso y como resultado de tal participación; además, que ella tenga confianza en el proceso penal.

⁵⁷⁰ Directiva, arts. 18-24.

En esta misma perspectiva, la Directiva dispone que los Estados miembros deben velar porque las víctimas reciban una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar las necesidades especiales de protección y si podrían beneficiarse de medidas especiales en el curso del proceso penal, y en qué medida, por el hecho de que sean particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias. Esta evaluación individual - señala la Directiva- tendrá especialmente en cuenta: las características personales de la víctima, el tipo o la naturaleza del delito, y las circunstancias del delito. Se prestará especial atención a las víctimas que hayan sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; las víctimas afectadas por un delito motivado por prejuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales, y las víctimas cuya relación con el infractor o su dependencia del mismo las haga especialmente vulnerables; a este respecto -puntualiza el texto- serán objeto de debida consideración, entre otras, las víctimas de violencia de género, violencia o explotación sexual y las víctimas con discapacidad. Se dará por supuesto que las víctimas menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón de su vulnerabilidad a la victimización secundaria o reiterada, a la intimidación o a las represalias. Sobre esta base, la Directiva establece el siguiente derecho derivado del derecho a la protección:

- Derecho a la *protección de las víctimas con necesidades especiales de protección* durante el proceso penal, determinadas a raíz de una evaluación individual. *Durante las investigaciones penales* las víctimas con necesidades especiales de protección tendrán a su disposición las siguientes medidas: - se tomará su declaración en dependencias concebidas o adaptadas a tal fin; - la toma de declaración será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto o con su ayuda; - todas las tomas de declaración serán realizadas por las mismas personas a menos que sea contrario a la buena administración de la justicia; - todas las tomas de declaración a las víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, a menos que sean realizadas por un fiscal o un juez, serán realizadas por una persona del mismo sexo que la víctima, siempre que la víctima así lo desee y si ello no va en detrimento del desarrollo del proceso. *Durante el proceso ante los tribunales*, las víctimas con necesidades especiales de protección tendrán a su disposición: - medidas

para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor, incluso durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación; - medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia, especialmente mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas; - medidas para evitar que se formulen preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima sin relación con la infracción penal; y, - medidas que permitan la celebración de una audiencia sin la presencia de público.

- Derecho a la *protección de las víctimas menores de edad* durante el proceso penal; además de las medidas antes establecidas, cuando las víctimas sean menores de edad los Estados miembros garantizarán que: - en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales; - en las investigaciones y en los procesos penales las autoridades competentes designen a un representante para la víctima menor de edad en caso de que, de conformidad con el Derecho nacional, se imposibilite a los titulares de responsabilidad parental para representar a la víctima menor de edad, o cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o que esté separada de la familia; - cuando la víctima menor de edad tenga derecho a un abogado, esta representación legal será en su propio nombre en los procesos que exista, o pudiera existir, un conflicto de intereses entre la víctima menor de edad y los titulares de responsabilidad parental.

Adicionalmente, la Directiva incorpora disposiciones que regulan, por un lado, la formación tanto general como especializada de los profesionales y funcionarios que entren o probablemente vayan a entrar en contacto con las víctimas, con el fin de mejorar su concienciación respecto de las necesidades y derechos de las víctimas; y, por otro, la cooperación y coordinación entre Estados miembros con el fin de mejorar el acceso de las víctimas al ejercicio de los derechos que establece la Directiva y el Derecho nacional.⁵⁷¹ Es decir, la Directiva hace énfasis en dos mecanismos fundamentales para garantizar el respeto y ejercicio de los derechos de las víctimas.

⁵⁷¹ Directiva, arts. 25-26.

Cabe indicar que, para dar cumplimiento a lo estipulado en la Directiva, en su articulado se establece que los Estados miembros, a más tardar el 16 de noviembre de 2015, pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias, es decir, incorporarán a su respectivo derecho interno las disposiciones de la Directiva; y comunicarán a la Comisión Europea, a más tardar el 16 de noviembre de 2017, y, a continuación cada tres años, los datos de que dispongan en los que se muestren de qué modo han accedido las víctimas al ejercicio de los derechos establecidos en la Directiva. Además, a más tardar el 16 de noviembre de 2017, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe en el que se evaluará en qué medida los Estados miembros han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva, incluida una descripción de las medidas adoptadas para el acceso de las víctimas a los servicios de apoyo y para la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal; acompañado, si es necesario, de propuestas legislativas.⁵⁷²

En definitiva, esta Directiva amplía y modifica sustancialmente las disposiciones de la Decisión Marco que, sobre la materia, se expidió en 2001 y que, por motivos de claridad, como se señala en el considerando 65, sustituye en su totalidad. Corresponde esperar para constatar las disposiciones y medidas tomadas por los Estados miembros de la Unión a fin de dar cumplimiento a los objetivos de la Directiva; y que no ocurra lo que sucedió con la aplicación de la Decisión Marco, que no fue satisfactoria y sus objetivos no se lograron, conforme en su momento lo informó la Comisión.⁵⁷³

En resumen, los instrumentos internacionales analizados enfatizan en el acceso a la justicia y la participación procesal de las víctimas, en la protección de sus derechos dentro del proceso y en la restitución de sus derechos vulnerados, dando un marco integral de tutela a las víctimas de delitos que se enfrentan al sistema de justicia penal.

2.9. Definición de víctima de delitos sexuales a la luz de la normativa y jurisprudencia internacionales

⁵⁷² Directiva, arts. 27-29.

⁵⁷³ Informe de la Comisión de conformidad con el artículo 18 de la Decisión Marco del Consejo, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0166:ES:NOT>.

Además del clásico concepto que encasilla a la víctima como “sujeto pasivo del delito” y que la desconoce como sujeto activo del proceso, no existe un concepto “universal, único e indubitado” de lo que debe entenderse por víctimas; aún más, como señala Sanz Hermida, dicho concepto puede variar según se trate de delimitar su estatuto jurídico en el proceso penal; o referirse a las personas con derecho a una asistencia efectiva por parte del Estado; o, en el ámbito civil, a las personas legitimadas para la obtención de una reparación, restitución o indemnización por los daños y perjuicios causados.⁵⁷⁴

Afortunadamente, en las últimas décadas, este vacío en la definición de víctima lo han suplido varios instrumentos internacionales que consagran derechos a favor de las víctimas de infracciones penales, tal es el caso de los instrumentos internacionales analizados en el presente capítulo, los cuales aportan con elementos claros y completos que facilitan un significativo marco jurídico para una conceptualización integrada del término. Estos instrumentos, conforme se analizó en su momento, definen a las víctimas de la siguiente manera:

Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido **daños**, inclusive lesiones **físicas** o **mentales**, sufrimiento **emocional**, pérdida **financiera** o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder; independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador o de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. La expresión “víctima” incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido **daños** al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización (*Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*).

Las personas naturales que hayan sufrido un **daño** como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (*Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional*).

⁵⁷⁴ Ágata M.a Sanz Hermida, *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Iustel, Madrid, 2009, 1ª ed., p. 30.

Toda persona que haya sufrido **daños**, individual o colectivamente, incluidas lesiones **físicas** o **mentales**, sufrimiento **emocional**, pérdidas **económicas** o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario; con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima. El término “víctima” también comprende a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido **daños** al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización (*Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*).

Toda persona física que ha sufrido un **daño** ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión **física** o **psíquica**, como el sufrimiento **moral** y el perjuicio **económico**. El término víctima también incluye, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa (*Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*).

Toda persona física que haya sido indiciariamente **afectada** en sus derechos por una conducta delictiva, particularmente aquellas que hayan sufrido violencia ocasionada por una acción u omisión que constituya infracción penal o hecho ilícito, sea **física** o **psíquica**, como el sufrimiento **moral** y el perjuicio **económico**. Se considerarán víctimas los pueblos indígenas **lesionados** por éstas mismas conductas. También podrá incluir a la familia inmediata o las personas que están a cargo de la víctima directa (*Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas*).

La persona física que haya sufrido un **daño o perjuicio**, en especial lesiones **físicas** o **mentales**, daños **emocionales** o un perjuicio **económico**, directamente causado por una infracción penal; y, a los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona (*Directiva por la que se establecen las*

Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos).

Del texto de cada una de estas definiciones se colige que todas incorporan dos elementos esenciales: en primer lugar, el **daño**, lesión, afectación o perjuicio de naturaleza física, psíquica/mental/emocional, moral y/o económica; y, en segundo lugar, el **sujeto** o la persona sobre la cual directamente recae el daño, esto es, la *víctima directa*. Adicionalmente, a excepción del Estatuto de la Corte Penal Internacional y las Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional (que solo reconocen a las víctimas directas), las citadas disposiciones reconocen a las *víctimas indirectas*, es decir las personas que sufren algún daño como consecuencia del ilícito penal, tales como familiares o personas a cargo de la víctima o terceras personas que intervienen para asistir a la víctima en peligro o para prevenir su victimización.

Además, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones y la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas -aunque esta última en forma específica en relación a los pueblos indígenas- reconocen la categoría de *víctimas colectivas*, lo cual, indudablemente es un avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos, nacionalidades y otras colectividades que, en razón de alguna condición particular, han sufrido y sufren las consecuencias de infracciones penales.

Al respecto es importante recordar que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la principal fuente de los derechos de las víctimas es la dignidad humana, independientemente si son víctimas individuales o colectivas, y que en los Estados democráticos de Derecho (o de Derechos, como en el caso del Estado ecuatoriano) el Derecho Penal está llamado a garantizar el respeto de los bienes jurídicamente protegidos (vida, salud, integridad, libertad, medio ambiente, etc.), para lo cual debe diseñar o acondicionar los mecanismos que garanticen el respeto de tales derechos, como es el caso del proceso penal, cuya finalidad ha sido reinterpretada al concebirlo como un instrumento de garantía y salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales tanto del procesado como de la víctima.

Ahora bien, para definir a las víctimas de delitos sexuales a nivel internacional, se retomará los lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH respecto al alcance de la *violencia sexual*. La Corte IDH, conforme se señaló en líneas *supra*, ha establecido en algunas sentencias que “la violencia sexual se configura con acciones de **naturaleza sexual** que se cometen contra una persona **sin su consentimiento**, que además de comprender la **invasión física del cuerpo humano**, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso **contacto físico alguno**”. Adicionalmente, ha puntualizado que, “[...] la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”. Y que, al igual que la tortura, aquella persigue, entre otros, los **finés de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre**, (las negrillas son propias). En estos lineamientos se identifican tres elementos definitorios: el primero, la naturaleza sexual de las acciones; el segundo, la falta de consentimiento de la víctima; y, el tercero, que tales acciones se hayan realizado con o sin contacto físico con el cuerpo de la víctima.

Sistematizando los elementos esenciales de las definiciones de víctima y de violencia sexual dadas por los instrumentos internacionales citados y por la jurisprudencia de la Corte IDH, se puede concluir que:

“Víctimas de delitos sexuales” son las personas físicas que, individual o colectivamente, hayan sufrido lesiones físicas o psíquicas, sufrimiento emocional, daño moral, perjuicio económico o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones de naturaleza sexual, cometidas sin su consentimiento, que comprendan la invasión física del cuerpo humano e, incluso, actos que no involucren penetración o contacto físico alguno, perpetrados con el fin de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que los sufre. En la expresión “víctimas de delitos sexuales” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN ECUADOR

La *Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*,⁵⁷⁵ realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) en el año 2011, revela que una de cada cuatro mujeres ecuatorianas encuestadas (25,7%) fueron víctimas de violencia sexual u obligadas a tener relaciones sexuales por parte de su pareja o ex pareja (53,5%) o por parientes, conocidos o extraños (46,5%).⁵⁷⁶ Sin embargo, sólo el 10,8% de estas víctimas de violencia sexual denunciaron ante el sistema penal el delito del que fueron objeto; de ellas, el 26,8% continuó todo el proceso penal hasta su culminación, y de este grupo el 66,1% logró sentencia condenatoria contra sus agresores. Esta encuesta también revela que una de cada diez mujeres encuestadas (10,4%) fue, durante su infancia o adolescencia, objeto de abuso sexual (contactos físicos no deseados, obligadas a desvestirse y a mostrar las “partes íntimas” de su cuerpo o mirar las de otra persona) por parte de conocidos (45%), familiares (37,9%), desconocidos (17,3%) o personal de centros de salud, educativos o laborales (6,4%); y que, de los abusos sexuales que sufrieron las niñas o adolescentes que avisaron lo sucedido y les creyeron (72%), sólo el 15% fue denunciado por sus familiares ante las autoridades y de este porcentaje el 35% llegó a ser sancionado. El resto de los casos, tanto de relaciones sexuales forzadas o de abuso sexual infantil, quedaron en la impunidad, no necesariamente determinada por la inacción, negligencia o desidia del sistema de justicia penal.

⁵⁷⁵ Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*, 2012, en <http://anda.inec.gob.ec/anda/index.php/catalog/94>. Esta encuesta fue realizada del 16 de noviembre al 15 de diciembre de 2011 en las 24 provincias del país y aplicada en mujeres de 15 años de edad o más que residían en las viviendas seleccionadas en la muestra; siendo la primera realizada en Ecuador a nivel nacional para identificar algunas de las características de la violencia de género y medir la magnitud de esta problemática.

⁵⁷⁶ Este porcentaje está desglosado así: parientes 33,3% (padres 1,6%, hermanos 3,5%, padrastros 5,3%, otros familiares 22,9%); conocidos 38,5%; extraños o desconocidos 28,1% (personal de salud o curanderos 0,2%, personal de centros educativos 1,9%, jefe, supervisor o empleador 5,0%, desconocidos 21%).

Las cifras que arroja esta encuesta dan cuenta de: la dimensión de la violencia sexual que sufren las mujeres, niñas y adolescentes en Ecuador; que los perpetradores en mayor medida son personas cercanas a las víctimas (pareja, ex pareja, familiares, conocidos); que es bajo el índice de denuncia por el cometimiento de este tipo de delitos lo que determina un subregistro o cifra negra de los mismos; que de quienes denunciaron, en el caso del delito de violación, menos de la tercera parte continuó el proceso penal hasta obtener sentencia; y, que es reducido el número de casos de este tipo sancionados por la administración de justicia penal.

Cabe indicar que este bajo índice de denuncia, que contribuye a la impunidad, probablemente esté determinado, entre otras causas: por el hecho de que los victimarios sean personas cercanas a las víctimas; por el temor de las víctimas a ser responsabilizadas de la violación (sanción social) o a que su vida privada sea expuesta a la luz pública; por vergüenza; o por cuanto las víctimas o sus familiares -en el caso de niñas y adolescentes- no desean recurrir a la administración de justicia ya sea por la falta de confianza en la misma, por los obstáculos que deben enfrentar en el sistema judicial o por el temor a las distintas formas de revictimización que puedan sufrir durante el proceso penal.⁵⁷⁷

Frente a esta realidad el Estado ecuatoriano está obligado, por mandato constitucional, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género, a garantizar a las personas el acceso gratuito a la justicia y la tutela judicial efectiva de sus derechos y a dar protección especial a las víctimas de

⁵⁷⁷ Esta realidad ha sido analizada en varios estudios realizados en el país, entre ellos: Marena Briones y Jeannine Zambrano, *Verdad desnuda, una aproximación al discurso judicial sobre la violencia sexual*, CEPAM-Guayaquil/CONAMU/IPPF, Guayaquil, 2008; Cecilia Medina y Patricia Carrillo, *Los lenguajes de la IMPUNIDAD. Informe de investigación DELITOS SEXUALES Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, CEPAM-Quito, Quito, 2007; Observatorio de los Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, “Por qué persiste la impunidad. Hallazgos del Observatorio”, en boletín informativo Alerta, CEPLAES, Quito, N° 3, marzo 2005, en https://docs.wixstatic.com/ugd/c5bdff_b94ac397d0eb4a678c3fd900a293a6c9.pdf; así también en, la información constante en el caso *Paola del Rosario Guzmán Albarracín vs. Ecuador* (Caso 12.678, Informe de Admisibilidad No. 76/08) que actualmente se sustancia ante la CIDH, que da cuenta de la ruta crítica seguida por los familiares de la víctima para obtener justicia y la ineficacia del sistema judicial y administrativo que mantiene ese caso en la impunidad.

infracciones penales que acceden a la justicia, garantizándoles no ser revictimizadas durante el proceso penal.⁵⁷⁸

En consonancia con este mandato, la parte sustantiva del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (COIP)⁵⁷⁹ tipifica y sanciona varias conductas penales que vulneran la libertad, integridad e indemnidad sexual; a su vez el componente adjetivo del COIP, en respuesta a las modernas corrientes de las Ciencias Penales y a los avances doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales de organismos internacionales de derechos humanos ha redefinido el conflicto penal y le ha dado a la víctima su lugar en el procedimiento penal, reconociéndole para el efecto un conjunto de derechos, de la misma forma que lo había hecho para el caso de la persona procesada por el presunto cometimiento de la infracción.

Esta tutela de los derechos de las víctimas en Ecuador tiene varios antecedentes constitucionales y legales, con tratamientos jurídicos específicos, que configuran un marco protector amplio y que, además, requieren de análisis también específicos.

En el presente capítulo se hará un recorrido por el tratamiento jurídico que se da en Ecuador a la tutela judicial efectiva, a los delitos sexuales y a la participación de las víctimas de infracciones penales en el proceso penal, con el fin de enmarcar el análisis de los derechos de las víctimas de delitos sexuales que garantiza la legislación ecuatoriana cuando éstas participan en el proceso penal. La diversidad de institutos y de disciplinas del Derecho que corresponde abordar respecto al tema de este capítulo,

⁵⁷⁸ Arts. 66.3.b, 75 y 78 de la Constitución, a saber:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: [...] b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

⁵⁷⁹ Promulgado en el Registro Oficial N° 180, suplemento, de 10 de febrero de 2014 y en completa vigencia desde el 10 de agosto de 2014, conforme establece su Disposición Final.

obliga, para efectos metodológicos, a seccionar el mismo a fin de tener una cabal comprensión, en un primer momento parcial y luego integral, de su alcance en la legislación ecuatoriana.

3.1. Tratamiento jurídico del derecho a la tutela judicial efectiva en Ecuador

En la legislación ecuatoriana, el derecho a la tutela judicial efectiva fue incorporado, por primera vez, en la Constitución de 1998 como una garantía básica para asegurar el derecho al debido proceso; el numeral 17 del art. 24 establecía: “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: [...] 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Del contenido de la citada disposición se colige que el derecho a la tutela judicial efectiva fue concebido en la Constitución de 1998 como un derecho integrante del derecho al debido proceso, que aseguraba el cumplimiento de éste, más no como un derecho con valor propio. Tanto así que no fue incorporado en el listado de derechos civiles específicos que, en el art. 23 *ibídem*, el Estado reconocía y garantizaba a las personas en esa época, a diferencia del derecho al debido proceso que sí formaba parte de dicho listado,⁵⁸⁰ junto con otros derechos tales como la vida, la integridad personal, la igualdad ante la ley, la libertad y la seguridad jurídica. Cabe indicar que el reconocimiento del derecho al debido proceso y a los otros derechos enlistados en el art. 23 se lo hacía “sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes”, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando figuraba como un derecho componente del derecho al debido proceso, gozaba por igual de reconocimiento y protección constitucional.

En 2008, al promulgarse la actual Constitución de la República,⁵⁸¹ entró en vigencia una nueva normativa constitucional que cambió el modelo político del Estado.

⁵⁸⁰ Véase art. 23, numeral 27, de la Constitución de 1998.

⁵⁸¹ La actual Constitución de la República del Ecuador fue promulgada en el Registro Oficial N° 449, de 20 de octubre de 2008.

La parte inicial del art. 1 así lo rubrica al reconocer al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia, [...]”.⁵⁸²

Estado constitucional, puesto que la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder; consagra derechos que serán protegidos con particular importancia, los que a su vez constituirán el fin del Estado; determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; y, establece mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.⁵⁸³ Además, la Constitución, al ser la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico,⁵⁸⁴ es directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez.⁵⁸⁵

Estado de derechos, en razón del reconocimiento de la pluralidad de sistemas de derecho (derecho indígena, derecho de equidad de la justicia de paz, derecho comunitario, derecho internacional de los derechos humanos) y de la centralidad y supremacía material de los derechos establecidos en el texto constitucional,⁵⁸⁶ los cuales someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente, siendo el fin del Estado el reconocimiento, promoción y garantía de estos derechos.⁵⁸⁷

Estado de justicia por cuanto el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, se traduce en una organización social y política justa,⁵⁸⁸ en la que los jueces, bajo un nuevo diseño de la

⁵⁸² El primer inciso del art. 1 de la Constitución de la República de Ecuador declara: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

⁵⁸³ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 1ª ed., p. 22.

⁵⁸⁴ Constitución 2008, art. 424.

⁵⁸⁵ Constitución 2008, arts. 11.3 y 426.

⁵⁸⁶ Luis Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de la justicia en la Constitución de 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 1ª ed., pp. 230-231.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 29 y 36.

⁵⁸⁸ *Ibíd.*, p. 28.

administración de justicia, se convierten en creadores de derecho y garantes de los derechos.⁵⁸⁹

Este énfasis de la Constitución en garantizar los derechos, también conocido como *garantismo constitucional* o *neoconstitucionalismo* constituye a su vez una nueva filosofía jurídica y una nueva teoría del derecho, según la cual el fin son los derechos de las personas y colectividades y el medio es el Estado (sus poderes o funciones, sus instituciones, sus políticas, sus planes y programas, sus servidoras y servidores). Es decir, en este tipo de constitucionalismo el Estado es un instrumento para la satisfacción de los derechos.⁵⁹⁰

Sobre esta base, la Constitución de 2008 (a diferencia de la Constitución de 1998 que divide a los derechos en civiles, políticos, económicos sociales y culturales, y colectivos) ordena a los derechos en siete categorías: derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección; todos exigibles ante las autoridades competentes y “plenamente justiciables”.⁵⁹¹

Entre los derechos de protección se encuentran el derecho al acceso gratuito a la justicia (art.75); el *derecho a la tutela efectiva*, imparcial y expedita (art. 75); el derecho al debido proceso (art. 76); la protección procesal penal a las personas privadas de la libertad (art. 77); el *derecho a la protección especial de las víctimas de infracciones penales* (art. 78); la imprescriptibilidad de las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado (art. 80); la *protección especial a las personas víctimas de los delitos de violencia* intrafamiliar, *sexual*, crímenes de odio y los que se comentan contra niños, niñas, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad y adultas mayores (art. 81); y, el derecho a la seguridad jurídica (art. 82).

Compendiando estos derechos de protección, para efectos del desarrollo de este capítulo, la Constitución de 2008 garantiza, por un lado, el derecho a la tutela efectiva a

⁵⁸⁹ *Ibíd.*, p. 231.

⁵⁹⁰ Sobre el tema véase con detalle a Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 1997, pp. 880-884.

⁵⁹¹ Arts. 11.1 y 11.3, párrafo final.

todas las personas que accedan a la justicia, entre ellas las víctimas de delitos y, por otro, el derecho a la protección especial de las víctimas de infracciones penales, entre ellas a las de los delitos sexuales.

En lo relativo al derecho a la tutela efectiva el art. 75 de la Constitución vigente establece: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Ahora bien, si se confronta el contenido de este artículo con el del art. 24.17 de la Constitución de 1998, se verificará que son similares; sin embargo, en la Constitución de 2008, el derecho a la tutela efectiva aparece como un derecho con valor propio, establecido en primer orden dentro de los derechos de protección, a diferencia del tratamiento que, como se ha señalado, se le dio en el Constitución de 1998, lo cual constituye un significativo avance.

Las similitudes hacen relación a que, por una parte, en las disposiciones citadas las dos Constituciones se refieren a este derecho como *tutela efectiva* más no como *tutela judicial efectiva*; por otra, las dos Constituciones vinculan el derecho a la tutela efectiva con el acceso *a la justicia* (Constitución de 2008) o al acceso *a los órganos judiciales* (Constitución de 1998), conforme los términos que cada una utiliza, con las connotaciones que se analizará más adelante; y finalmente, las dos Constituciones incorporan como elementos del derecho a la tutela, que ésta sea *efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas*. Sin embargo la Constitución de 2008 añade dos elementos: la *gratuidad* en el acceso a la justicia y la sujeción de la tutela a los *principios de inmediación y celeridad*.

3.1.1. El acceso a la justicia

En cuanto al *acceso a la justicia*, la Constitución de 2008 utiliza el vocablo *justicia* en consonancia con la caracterización del Estado consagrada en el art. 1 (Estado de derechos y justicia), y también acorde con el concepto actual con el que se identifica a la potestad de las personas de acudir a las instancias correspondientes para proteger sus derechos e intereses o para resolver sus conflictos, esto es: el *derecho al acceso a la justicia*. Pero, más allá del término, lo sustancial aquí es el alcance de los conceptos

justicia y acceso a la justicia, tarea nada fácil si se toma en cuenta que ninguno de los dos tiene una definición única.

Definir qué es la *justicia* y profundizar en su alcance ha sido una preocupación de filósofos y juristas desde tiempos de Platón, Aristóteles, Kelsen y Rawls,⁵⁹² y lo sigue siendo en la actualidad; sin embargo, aún no existe un concepto único de justicia, seguramente por ser éste, conforme sostiene Ávila Santamaría,⁵⁹³ un término polisémico, “que tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar”. Con todo, en las reflexiones de los pensadores que han profundizado en el tema sí hay coincidencia en que *la justicia es un valor* y que *la igualdad* es el núcleo de la justicia.

Tampoco existe un concepto único de *acceso a la justicia*. Jesús María Casal⁵⁹⁴ sostiene que, a la diversidad de sus conceptualizaciones, contribuyen circunstancias como la disciplina desde la cual se le examina (jurídica o sociológica), la perspectiva normativa que predomine, signada por el análisis de los datos ofrecidos por la regulación o jurisprudencia constitucional de un determinado país o por el análisis de los datos proporcionados por los instrumentos u organismos internacionales sobre derechos humanos e, incluso, el enfoque que oriente el estudio del tema. El citado autor encuentra un denominador común a las distintas conceptualizaciones del acceso a la justicia: la alusión a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de derechos o intereses o para la resolución de conflictos. Las diferencias -afirma- comienzan cuando se consideran aspectos como la naturaleza jurídica del propio acceso a la justicia -derecho genérico vinculado o asociado a un conjunto de derechos humanos específicos, o derecho adscrito al derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva o derecho a un juicio justo-, y de la actividad desarrollada por el Estado para asegurarlo -para algunos un servicio público-, al igual que al determinar si el acceso a la justicia se refiere, además de a los tribunales, a órganos administrativos o a instancias encargadas de la resolución alternativa de conflictos.

⁵⁹² En *La República* de Platón uno de los primeros interrogantes que se plantea en el diálogo entre Sócrates y Céfalo, en el que interviene luego Polemarco y posteriormente Trasímaco, es sobre el significado de la justicia; Aristóteles también reflexiona sobre la justicia en *Ética a Nicómaco*; Hans Kelsen hace lo propio en *¿Qué es la justicia?*; y John Rawls, en *Teoría de la justicia*, desarrolla los principios de justicia que a su juicio tienen el peso del imperativo categórico expuesto por Kant.

⁵⁹³ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁹⁴ Jesús María Casal, *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la justicia*, ILDIS, 2005, 1ª ed. p. 22-23.

En el caso de Ecuador, algunas disposiciones normativas de la Constitución de 2008 ayudan a aclarar la naturaleza jurídica del acceso a la justicia y de la actividad desarrollada por el Estado para asegurar este acceso.

El art. 167 *ibídem* dispone que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. ¿Cuáles son los órganos de la Función Judicial por medio de los cuales se ejerce la potestad de administrar justicia y cuáles los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución para el mismo efecto?

El art. 177 de la Constitución señala que la Función Judicial se compone de “órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos”, y el art. 178 *ibídem* establece cuáles son cada uno de estos órganos, a saber:

Órganos jurisdiccionales, “sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución”, son los encargados de administrar justicia: la Corte Nacional de Justicia; las cortes provinciales de justicia; los tribunales y juzgados que establezca la ley; y, los juzgados de paz. *Órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina*: el Consejo de la Judicatura. *Órganos auxiliares*: el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. *Órganos autónomos*: la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado.

Es decir, por una parte el art. 167 dispone que la potestad de administrar justicia la ejercen los órganos de la Función Judicial y los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución y, por otra, el art. 178 establece que los órganos de la Función Judicial encargados de administrar justicia, sin perjuicio de otros órganos con iguales poderes reconocidos en la Constitución, son los órganos jurisdiccionales. Lo correcto entonces debió ser especificar en el art. 167 que la potestad de administrar justicia la ejercen los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial y los demás establecidos en la Constitución.

Respondiendo la pregunta inmediata anterior, los órganos de la Función judicial que ejercen la potestad de administrar justicia son los órganos jurisdiccionales ya señalados.

Ahora bien, en cuanto a los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución para administrar justicia, el art. 171 *ibídem* otorga a las autoridades de las

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas “funciones” jurisdiccionales, “con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”. También ejercen potestad jurisdiccional, por fuera de la Función Judicial y al amparo de lo dispuesto en el art. 168.3 de la Constitución, el Tribunal Contencioso Electoral⁵⁹⁵ y la Corte Constitucional.⁵⁹⁶

Los antes señalados son los órganos, funciones y autoridades establecidos en la Constitución para ejercer la potestad de administrar justicia; potestad que, al tenor del art. 167, emana del pueblo, en el que radica la soberanía. Esta soberanía popular está consagrada en el art. 1 de la Constitución, el cual establece que la voluntad del pueblo “es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. Siendo así, “El poder de administrar justicia es una emanación de la soberanía del pueblo, por ello solo pueden ejercerlo aquellos órganos y funciones establecidos en la Carta Fundamental, que es el instrumento que recoge y materializa tal soberanía”.⁵⁹⁷

Es decir, las y los juzgadores, a los cuales la Constitución les ha conferido el ejercicio de la potestad de administrar justicia o jurisdicción, son un instrumento del Estado para ese efecto, puesto que es la voluntad popular, plasmada en la Constitución, la que les confiere esa autoridad.

Cabe indicar que la Constitución de 2008 reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, los que se aplicarán con sujeción a la ley y en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir (art. 190);

⁵⁹⁵ El art. 221 de la Constitución establece: “El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: 1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. 2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales. 3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto. Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento”.

⁵⁹⁶ El art. 429 de la Constitución dispone: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”.

⁵⁹⁷ Santiago Andrade Ubidia, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, p. 248.

reconoce también que los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje (art. 326.12). Sin embargo de este reconocimiento, no les otorga expresamente ni a árbitros ni a mediadores *funciones jurisdiccionales soberanas*⁵⁹⁸ sino la potestad de poner fin a un conflicto mediante un proceso jurídico convencional regulado por la ley.⁵⁹⁹

Por otra parte, este ejercicio de la potestad de administrar justicia que proviene de órganos comprendidos dentro del sector público (en este caso de las funciones judicial y electoral y de la Corte Constitucional), al ser éstos parte de la administración pública, constituye un “servicio a la colectividad”, según lo prescribe el art. 227 de la Constitución.⁶⁰⁰ En lo que hace relación a la administración de justicia por la Función Judicial y a las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades, el art. 17 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) señala que esta actividad es “un servicio público, básico y fundamental del Estado [...]”.

Es decir, según el art. 167 de la Constitución “la potestad de administrar justicia es una atribución que puede ser ejercida no solo por el Estado, a través de sus órganos y funciones, sino también por otros sujetos de derecho como son los pueblos y comunidades indígenas y las personas individualmente consideradas”;⁶⁰¹ sin que esto signifique que la justicia indígena “sea justicia estatal o que tenga una relación jerárquica de dependencia con el aparato judicial ordinario”.⁶⁰²

⁵⁹⁸ El término *jurisdicción soberana* lo utiliza el constituyente en la redacción del art. 422 de la Constitución de 2008, al establecer que “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, ente el Estado y personas naturales o jurídicas privadas [...]”; y aunque no se encuentra en ninguna parte del texto constitucional una definición de jurisdicción soberana, sobre la base de lo que si consta en dicho texto (arts.1, 167 y 178) se entiende que la soberanía popular es la que les confiere, a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial y a los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución, el ejercicio de la potestad de administrar justicia, de ahí que esa facultad sea soberana.

⁵⁹⁹ Ley de Arbitraje y Mediación y Código del Trabajo, en conflictos colectivos.

⁶⁰⁰ El art. 227 de la Constitución dice: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

⁶⁰¹ Juan Montaña Pinto, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, p. 197.

⁶⁰² *Ibíd.*, p. 198.

La Constitución, en el art. 171, al reconocer a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, reconoce también la existencia de otro derecho aparte del oficial, esto es, el derecho indígena; lo cual es una consecuencia del pluralismo jurídico⁶⁰³ que deriva de la caracterización del Estado ecuatoriano como plurinacional⁶⁰⁴ e intercultural.⁶⁰⁵

En suma, a la luz de las disposiciones normativas antes señaladas, en Ecuador, el acceso a la justicia se circunscribe a la administración de justicia ejercida por los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas⁶⁰⁶ el Tribunal Contencioso Electoral y la Corte

⁶⁰³ El pluralismo jurídico permite la coexistencia de diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. En el caso ecuatoriano, como puntualiza Juan Montaña Pinto, el pluralismo jurídico implica la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho diferentes y complementarios: - La legislación general, aplicable a todos los ecuatorianos, incluidos los miembros de los pueblos indígenas individualmente considerados; - La legislación especial indígena, compuesta por los instrumentos internacionales que versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas; y, - Los sistemas jurídicos propios, integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada uno de los pueblos indígenas, que están implícitos en su historia cultural, concepción espiritual, mitología y cosmovisión particulares, así como en sus sistemas de parentesco, formas de propiedad, uso aprovechamiento y conservación de sus territorios. Juan Montaña Pinto, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

⁶⁰⁴ El principio constitucional de la plurinacionalidad “se sustenta en el reconocimiento de todas las diversidades, sean éstas étnicas, culturales o de otra naturaleza”. Raúl Llasag Fernández, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, p. 182.

⁶⁰⁵ La interculturalidad “se funda en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos” con el fin de alcanzar la unidad en la diversidad. Catherine Walsh, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena, aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Embajada Real de los Países Bajos/Abya-Yala, 2002, p. 24. Siendo así, la interculturalidad es el mecanismo mediante el cual se desarrolla la plurinacionalidad.

⁶⁰⁶ Según los estudios de caso sobre justicia indígena, dependiendo del pueblo o nacionalidad indígena, en general, existen tres niveles de autoridades que administran justicia: en el primer nivel las autoridades son los abuelos, padres, padrinos, los parientes consanguíneos y afines cercanos, quienes conocen y solucionan problemas del ámbito familiar; en el segundo y tercer nivel, están las autoridades comunales o cabildo y el conjunto de la comunidad reunida en Asamblea, que conocen y solucionan problemas del ámbito comunitario. Los casos graves son conocidos y resueltos por la Asamblea Comunal. Cfr. Fernando García S., *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO, sede Ecuador, 2002, 1ª ed., p. 31, en <https://www.flacso.edu.ec/docs/saformasindigenas.pdf>; Raúl Ilaquiche Licta, *Administración de justicia indígena en la ciudad: estudio de un caso*, Revista Yachaikuna, publicación semestral del Instituto Científico de Culturas Indígenas, Ecuador, 1 de abril 2001, p. s/n, en <http://www.icci.org.ec/wp->

Constitucional.⁶⁰⁷ Actividad que constituye un servicio público y que, por ende, debe ser prestado conforme sus caracteres jurídicos esenciales, esto es, de manera general, igual o uniforme, regular, continua y obligatoria.⁶⁰⁸ Son estos órganos, funciones y autoridades quienes deben prestar el servicio público de administración de justicia y, en cumplimiento de sus obligaciones, hacer efectiva la tutela jurídica de todas las personas que acceden a la justicia, siguiendo los principios y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley.

Cabe indicar que el art. 12 del COFJ consagra al *acceso a la justicia* como un principio rector de la Función Judicial, según el cual “Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia”. Consecuentemente, le corresponde al Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecer las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica o de cualquier naturaleza, que sean discriminatorias e impidan la “igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso”; es decir, para que la justicia esté al alcance de cualquier persona y colectividad. Esto, en el entendido de que, como se señaló en líneas anteriores, en el actual diseño constitucional el fin son los derechos de las personas y colectividades y el medio es el Estado a través, en este caso, de los operadores de justicia (juezas y jueces, fiscales, defensoras y defensores públicos y demás servidoras y servidores judiciales).

Siguiendo con el análisis, la *gratuidad* en el acceso a la justicia para todos los casos, y no sólo para los “penales, laborales y de menores” como lo establecía la Constitución de 1998,⁶⁰⁹ es un elemento nuevo que incorpora la Constitución de 2008 en la parte inicial del art. 75. Sin embargo, esta característica, al ser desarrollada en el numeral 4 del art. 168 como uno de los principios de la administración de justicia,

[content/uploads/2001/04/illaquiche.pdf](#); Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP (caso La Cocha), 30 de julio de 2014, p. 16.

⁶⁰⁷ En la Constitución de 1998 el acceso estaba previsto sólo a los órganos judiciales, los que, según lo disponía el art. 198, eran: 1. La Corte Suprema de Justicia; 2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley; y, 3. El Consejo de la Judicatura.

⁶⁰⁸ Jorge Fernández Ruiz, “Disertación sobre el servicio público”, en *Foro: Revista de Derecho*, N° 13, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador/CEN, 2010, p. 13.

⁶⁰⁹ Constitución de 1998, art. 207.

cambia de sentido, puesto que la antes citada norma establece: “El acceso a la administración de justicia será gratuito. La Ley establecerá el régimen de costas procesales”; es decir, no se trata del *acceso a la justicia* en general sino del *acceso a la administración de justicia*, lo cual significa que los costos del acceso al servicio público de administración de justicia corren a cargo del Estado (por lo que se exonera del pago de tasas por este concepto a las personas que requieran acceder a este servicio), pero los gastos dentro del proceso (honorarios de la defensa profesional, peritajes, movilizaciones para inspecciones y demás gastos vinculados al mismo) corren por cuenta de las partes procesales. Lo cual pone en desventaja a las personas que se ven precisadas a acceder a la administración de justicia pero no poseen recursos económicos para cubrir estos costos.

El constituyente pensó en estas personas e institucionalizó en el art. 191 un mecanismo para que no queden en la indefensión: la Defensoría Pública.⁶¹⁰ Al tenor de esta disposición normativa la Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial que tiene el mandato constitucional de “garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos”. Puntualizando que el servicio que prestará la Defensoría Pública será “legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los

⁶¹⁰ La Defensoría Pública como institución tuvo vida jurídica a partir del 20 de octubre de 2010, esto es, dos años después de la promulgación de la Constitución de 2008, conforme lo dispone la Disposición Transitoria DÉCIMA de la misma. Vale anotar que la figura de defensor público ya estuvo prevista en la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial N° 636, de 11 de septiembre de 1974 (Decreto Supremo 891), que en el art. 144 establecía que “en cada capital de provincia habrá el número de defensores públicos que la Corte Superior, con aprobación de la Corte Suprema, establezca y percibirán el sueldo señalado en el Presupuesto de la Función Judicial”. Correspondiendo a éstos “patrocinar a las personas de escasos recursos económicos, en los asuntos civiles, penales, laborales, mercantiles, de tránsito, de inquilinato, litigios de cualquier índole o de policía, contratos, transacciones, documentos y gestiones de orden administrativo, en forma obligatoria y gratuita”, estando obligados “a prestar amparo y protección a los obreros y a la raza indígena”. No obstante, conforme lo afirmaba en noviembre de 2005 la, en ese entonces, defensora pública del Guayas, Dra. Marlene Mazzini Torres, recién en el año 1989 se crea una partida presupuestaria para la Defensoría Pública, lo “que daba lugar a la designación de 49 Defensores Públicos a nivel nacional,” número que con el tiempo no fue incrementado, siendo los distritos de Guayaquil y Quito los que contaban con mayor número de defensores (4 y 5 respectivamente), los demás profesionales estaban distribuidos en el resto de provincias del país. Cfr. Marlene Mazzini Torres, “La Defensoría Pública en el Ecuador”, en *Revista Judicial derechoecuador.com*, Quito, Diario La Hora, 24 de noviembre de 2005, en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2005/11/24/la-defensoria-publica-en-el-ecuador>.

derechos de las personas, en todas las materias e instancias”. Según el informe de labores de la Defensoría Pública del Ecuador, correspondiente a 2014,⁶¹¹ en ese año la defensoría contaba con 737 defensoras y defensores públicos a nivel nacional, que dieron atención a 353.636 personas; siendo las mujeres las que más utilizaron estos servicios (55% en 2013 y 59% en 2014). Cabe indicar que, no obstante el gran aporte de la Defensoría Pública para el acceso a la justicia de las personas, se conoce, que la alta demanda por este servicio, en ocasiones, pone en riesgo la calidad de la defensa.

Por otra parte, es positivo que se regule el régimen de costas procesales para que las personas usuarias del servicio de administración de justicia conozcan los valores específicos que deberían cubrir por estos conceptos y evitar de esta manera arbitrariedades en el cobro. En ese sentido, el Consejo Nacional de la Judicatura expidió en 2014 el *Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial* en el que se establece la tabla de honorarios por especialidad y actividad pericial, los criterios de fijación de honorarios y las personas obligadas al pago de tales honorarios, “en los procesos judiciales, pre procesales o de cualquier otra naturaleza que se lleven a cabo en la Función Judicial”.⁶¹² El pago de otras costas procesales como copias certificadas o movilización a diligencias de inspección judicial no se encuentra regulado, siendo un servicio gratuito en su totalidad;⁶¹³ salvo que se trate de costas procesales causadas por la litigación, abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad, calificadas como tales por el juzgador/a en materias no penales a favor del Estado y la parte litigante, las que se

⁶¹¹ Defensoría Pública del Ecuador, 2014, Informe anual de labores, en <http://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/rdc2015/asamblea.pdf>.

⁶¹² El Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial fue expedido mediante resolución del Consejo de la Judicatura N° 040-2014 y publicado en el Registro Oficial N° 125 de 28 de abril de 2014; este reglamento ha sido objeto de varias reformas puntuales, la última de las cuales fue hecha mediante resolución del Consejo de la Judicatura N° 0126-2016, publicada en el Registro Oficial N° 813, suplemento, de 5 de agosto de 2016.

⁶¹³ El Consejo Nacional de la Judicatura, en el afán de regular el pago “por la contraprestación del servicio administrativo que brinda la Función Judicial” cuando éste es requerido formalmente por el usuario/a en materias penales y no penales (copias certificadas, comparecencia a través de video conferencia, diligencias realizadas fuera de la judicatura, movilización y/o grabación de la diligencia de inspección judicial), emitió el “Reglamento de cobro de tasas por servicios administrativos de diligencias y actuaciones de la Función Judicial” (resolución N° 082-2016) y su respectiva ampliación y aclaración (resolución N° 089-2016), que fueron derogados (resolución N° 092-2016) antes de que entren en vigencia por cuanto generaron el rechazo de los gremios de abogados/as y de la ciudadanía en razón de que se estaba “acabando con la gratuidad de la justicia” más aún cuando algunos de estos “servicios administrativos” constituyen diligencias probatorias en procesos penales (reconstrucción de los hechos o testimonios por video conferencia).

encuentran reguladas en el *Reglamento para la fijación de costas procesales para quien litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad*,⁶¹⁴ cuyas disposiciones se encaminan a evitar la discrecionalidad del juez en esta materia, que era lo que antes ocurría. No obstante, en el momento en que se decida regular el pago de otro tipo de costas procesales, se debería tomar en cuenta la materia de que se trate, los diferentes tipos de procesos, quienes acceden a los mismos, la cuantía de la causa y la situación de las personas a las que ampara el art. 191 de la Constitución con la defensa legal gratuita, a fin de establecer, según el caso, costos diferenciados o la exoneración del pago de estos gastos procesales, de modo que se promueva “la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”, en concordancia con lo previsto en el art. 11.2 de la Constitución.

Respecto a “este juego sutil del lenguaje” entre *gratuidad en el acceso a la justicia* o *gratuidad en el acceso a la administración de justicia*, tomando en cuenta que ésta es un servicio público, es necesario puntualizar que si bien idealmente la justicia como servicio público debería ser gratuita también es cierto que, como servicio público, debe prestarse en condiciones de igualdad, “sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma”⁶¹⁵ y que la prestación del servicio no implique ánimo de lucro. Esto por cuanto, así como existen personas que por carecer de recursos económicos no pueden cubrir los gastos procesales existen otras que están en posibilidades económicas de asumirlos sin ningún problema, por ejemplo: bancos, empresas o empresarios, entre otros, quienes básicamente acceden a la justicia civil, mercantil o comercial. En ese sentido, se comparte con Ávila Linzán, que “[...] la gratuidad absoluta de la justicia, en un sistema jurídico concebido para la protección de la propiedad y la seguridad, como el caso de los países latinoamericanos, puede terminar beneficiando a quienes litigan frecuentemente (propietarios individuales y empresas) y

⁶¹⁴ El Reglamento para la fijación de costas procesales para quien litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad fue expedido mediante resolución del Consejo de la Judicatura N° 0123-2016 y publicado en el Registro Oficial N° 821, primer suplemento, de 18 de agosto de 2016.

⁶¹⁵ Jorge Fernández Ruiz, “Disertación sobre el servicio público”, *op. cit.*, p. 13.

profundizando las diferencias socio-económicas en el litigio”,⁶¹⁶ en desmedro de “individuos y colectivos que son litigantes ocasionales y que concurren al litigio en condiciones desiguales que les da pocas expectativas de éxito”.⁶¹⁷

De ahí que, la defensa pública como mecanismo constitucional para garantizar “el pleno e igual acceso a la justicia” de las personas que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural no puedan costear los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y el régimen de costas procesales como medida de acción afirmativa, en el sentido antes planteado, vendrían a compensar estas desigualdades de los justiciables y de esta manera democratizar la justicia, independientemente del “juego sutil del lenguaje” que utiliza la Constitución en los arts. 75 y 168.4.

La gratuidad en el acceso a la administración de la justicia también está desarrollada como principio en el art. 12 del COFJ, ratificando lo consagrado en la Constitución y dando unos pasos en la regulación del régimen de costas procesales. En ese sentido, el COFJ señala la obligación del juez o jueza de calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario y de sancionar, sin excepción alguna, a quien haya litigado en estas circunstancias, con el pago de las costas procesales en que se hubiere incurrido; además -establece la indicada disposición normativa- será condenado a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa, lo cual deja un margen muy amplio para la interpretación puesto que, entre estos gastos, está, por ejemplo, el pago de las remuneraciones de la jueza o juez de la causa, durante el tiempo que ésta se sustanció, punto éste que, en el orden práctico, generaría problemas e, incluso, podría conllevar a su inaplicación.

Finalmente, un elemento fundamental del contenido del art. 75 de la Constitución se encuentra en la primera palabra de su redacción, siendo, por ende, aplicable tanto para el acceso a la justicia como para la tutela efectiva; el artículo comienza señalando que “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva [...]” (el

⁶¹⁶ Luis Ávila Linzán, “La constitucionalización de la administración de la justicia en la Constitución de 2008”, *op. cit.*, p. 263.

⁶¹⁷ Luis Ávila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, 1ª ed., p. 181.

subrayado es mío). Es decir, abarca no sólo a quien demanda el reconocimiento o protección de un derecho o interés conculcado sino también a quien, por efecto de dicha acción, debe defenderse o se ve precisado a intervenir en el proceso. Lo cual, en el campo penal, comprende no sólo a quien se considera víctima de una infracción penal sino también a la persona acusada o “sospechosa” del cometimiento de tal infracción; sujetos procesales que tienen por igual el derecho al acceso a la administración de justicia y la consiguiente protección judicial. Aún más, el término “toda persona” incluye, en ciertos procesos, a terceras personas, como se verá más adelante y, a las personas jurídicas.

3.1.2. Sobre la naturaleza de la tutela

Como se indicaba en líneas anteriores, tanto la disposición de la Constitución de 1998 como la de 2008 se refieren al derecho en estudio como *tutela efectiva* más no como *tutela judicial efectiva*; sin embargo, la Constitución de 2008, en el art. 11.9, al desarrollar los principios según los cuales se regirá el ejercicio de los derechos -dentro de la responsabilidad estatal de reparar las violaciones a los derechos- señala que el Estado será responsable, entre otros actos, por la “violación del derecho a la tutela judicial efectiva”; vale resaltar que ésta es la única disposición normativa en la cual la Norma Suprema se refiere a este derecho con “nombre y apellido”.

Siendo así, conviene preguntarse ¿El término “judicial” es apropiado, a la luz de las normas constitucionales ecuatorianas, para referirse a la tutela que el Estado otorga a las personas que acceden a la justicia? ¿Es más apropiado usar el término tutela efectiva?

El Diccionario de la Lengua Española en su vigésima tercera edición, publicada en octubre de 2014,⁶¹⁸ por primera vez define en conjunto los términos *tutela judicial* y lo hace precisando que es la “Protección de los derechos de las personas dispensada por jueces y tribunales”.

En el ámbito jurídico, Ribó Durán define al término *tutela judicial* como “[...] una de las facultades derivadas del derecho a la jurisdicción. Como derecho constitucionalizado, corresponde a todas las personas físicas y jurídicas en el ejercicio de

⁶¹⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, *supra* nota 215.

sus derechos e intereses protegidos jurídicamente. El objetivo básico de la tutela es evitar la indefensión o privación del derecho de defensa. Por ello, los intereses legítimos procesales constituyen el objetivo principal de la tutela judicial. [...]”.⁶¹⁹

Es decir, tanto en el uso lingüístico como en el jurídico, la expresión *tutela judicial* hace referencia a la protección de los derechos de las personas dada, dentro de un juicio o proceso, por parte de quienes administran justicia; entonces, no se trata de la protección de cualquier tipo, o de cualquier autoridad o en cualquier circunstancia, sino una protección que, para ser tal, requiere de la existencia del proceso judicial.

El proceso es el instrumento mediante el cual el Estado administra justicia;⁶²⁰ de ahí que, en términos generales, los órganos, funciones y autoridades a los cuales la soberanía popular les confiere el ejercicio de la potestad de administrar justicia, cuando ejercen esta potestad, conocen y tramitan una causa y emiten un fallo o sentencia respecto de la misma, en un proceso en el cual, cuando se trata del derecho estatal -en el caso de la justicia ordinaria y constitucional- aplican las normas procesales establecidas para el efecto,⁶²¹ además de las específicas para cada caso, y, cuando se trata del derecho indígena -en el caso de la justicia indígena- aplican normas y procedimientos propios, con base en sus tradiciones ancestrales y su propio derecho; procedimientos éstos últimos que, “pueden variar de una comunidad a otra, de un pueblo a otro”,⁶²² dependiendo de sus identidades específicas, que se sustancian de forma oral, directa,

⁶¹⁹ Luis Ribó Durán, *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch S.A., 2012, 4ª ed. revisada, p. 1137.

⁶²⁰ Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría General del Derecho Procesal*, editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 385.

⁶²¹ Los procedimientos del sistema jurídico nacional se rigen por el principio básico establecido en el art. 169 de la Constitución, que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

⁶²² Raúl Llasag Fernández, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, *op .cit.*, p. 198.

pública y ágil, cuentan con etapas procesalmente diferenciadas⁶²³ y sus sanciones están encaminadas al restablecimiento del tejido social, desde su cosmovisión.⁶²⁴

Sin embargo, el proceso como instrumento para administrar justicia es diverso en su estructura, funcionamiento y fines según el modelo al que responde y la materia de que se trate; así por ejemplo, los fines del proceso civil difieren de los del proceso penal o del constitucional. En el caso del proceso penal, por ejemplo, sus fines específicos son, básicamente, la comprobación de una acción u omisión que constituya delito, la individualización e identificación de los responsables de la infracción, el aseguramiento de la presencia del procesado y de otras personas para el esclarecimiento de la verdad, el aseguramiento del objeto material de la infracción y de los elementos probatorios que fueren necesarios, el aseguramiento de los bienes suficientes del procesado para cubrir las penas pecuniarias, el valor de las costas procesales y las indemnizaciones civiles por los daños y perjuicios causados a la víctima o sus familiares y, la condena o absolución del procesado penalmente.⁶²⁵

Sin la iniciación del proceso penal sería imposible la tutela efectiva, imparcial y expedita, ya que la finalidad del acceso al órgano jurisdiccional es obtener la providencia (sentencia) que restablezca el derecho lesionado⁶²⁶ y, por supuesto, la ejecución de la misma; lo cual se traduce en la efectividad de la tutela demandada.

La efectividad, sin embargo de ser una de las características que debe cumplirse para que la tutela se constituya realmente en tal, no hace relación a la naturaleza misma de la protección.

⁶²³ En general, las etapas de los procedimientos del derecho propio son: a) *Willachina* o *willana* (demanda o aviso); b) *Tapuykuna* o *tapuna* (averiguación o investigación del conflicto); c) *Chimbapurana* o *wahuichina* o *ñawinchi* (confrontación entre el acusado y el acusador); d) *Killpichirina* (resolución); e) *Paktachina* (ejecución de la resolución); y, f) *Chiqui yashca* (purificación espiritual). Raúl Llasag Fernández, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

⁶²⁴ Sobre las formas indígenas de administrar justicia, véase con detalle a Fernando García S., *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, *op. cit.*, pp. 25-53; Raúl Ilaquiche Licta, *Administración de justicia indígena en la ciudad: estudio de un caso*, *op. cit.*, p. s/n; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP (caso La Cocha), 30 de julio de 2014, pp. 14 -24.

⁶²⁵ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal*, tomo I, Quito, Ediciones Legales, 2014, 1ª ed., pp. 13-20.

⁶²⁶ Jorge Zavala Baquerizo, *op. cit.*, p. 67.

En ese sentido, el término *judicial*, para referirse a la tutela que el Estado otorga a las personas que acceden a la administración de justicia ordinaria, constitucional o indígena, resulta ser el adecuado. En todo caso, aun cuando, el art. 75 de la Constitución utiliza la expresión *tutela efectiva*, y no *tutela judicial efectiva*, el alcance de esta expresión viene dado por el contexto de la redacción del artículo y por el conjunto de los otros términos utilizados en ésta: “acceso a la justicia”, “indefensión”, “resoluciones judiciales”; lo cual es corroborado cuando el constituyente utiliza la expresión completa (tutela judicial efectiva) en el art. 11.9 de la Constitución.

Por otra parte, la tutela judicial efectiva está planteada en la Constitución de 2008, al igual que en la de 1998, como un derecho ligado al derecho al acceso a la justicia. En este sentido, es importante recordar que, tal como lo señala la doctrina de derechos humanos, el art. 11.6 de la Constitución establece que todos los principios y los derechos, a más de inalienables, irrenunciables, indivisibles y de igual jerarquía, son interdependientes, es decir, tienen dependencia recíproca o están relacionados entre sí, por lo que la realización de un derecho depende total o parcialmente de la realización de otro, de tal manera que, como sostiene Ávila Santamaría, “si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, pueda afectar a otros”, de ahí que tienen que ser leídos sistémicamente;⁶²⁷ en otras palabras, si no se ejerce o se viola el derecho al acceso a la justicia no se puede ejercer el derecho a la tutela efectiva y, paralelamente, el acceso a la justicia no tiene sentido sin que se procure la tutela judicial efectiva, no se entiende un derecho sin la existencia del otro. Lo mismo ocurre con la tutela judicial efectiva y el debido proceso y entre éste y el derecho a la defensa, por ejemplo, como se verá más adelante.

3.1.3. Tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas

Además, la Constitución de 2008, al igual que la de 1998, incorpora como elementos constitutivos del derecho a la tutela judicial, que ésta sea *efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas*. El significado y alcance de estos elementos se analiza a continuación.

⁶²⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, 1ª ed., p. 60.

El Diccionario de la Lengua Española⁶²⁸ define a lo *efectivo o efectiva* como “Real y verdadero, [...] eficaz”; a lo *imparcial*, como “Que juzga o procede con imparcialidad”, entendiendo por imparcialidad la “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”; y, a lo *expedito o expedita* como “Desembarazado, libre de todo estorbo. [...] Pronto a obrar”. Definiciones que son muy similares a las que ofrece Cabanellas de Torres en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.⁶²⁹

Es decir, en el marco del tenor literal de la disposición, la *tutela judicial efectiva, imparcial y expedita* radica en la protección de los derechos de las personas, dada por quienes administran justicia, en forma real, verdadera y eficaz, esto es, con la capacidad de lograr el efecto de protección de derechos que se desea o se espera, libre de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, y de manera pronta.

El calificativo de *efectiva*, como elemento constitutivo de la tutela, sin duda hace referencia al fin mismo de ésta, el cual se logra con el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos que la configuran y se manifiesta en la sentencia y en su correspondiente ejecución, conforme se analizará en las siguientes líneas. En términos generales, que la tutela sea realmente efectiva implica que el Estado ha cumplido con su obligación constitucional de garantizar este derecho de protección de acuerdo a lo señalado en el texto constitucional y que el efecto deseado o esperado de esta tutela se ha logrado. En el ámbito penal, Zavala Baquerizo señala que la efectividad radica en que no se mantenga la lesión a los bienes jurídicos y que se reparen los daños ocasionados a dichos bienes;⁶³⁰ es decir, que se repare tanto a la sociedad como a la víctima, toda vez que el fin del Derecho Penal Objetivo, en cuanto hace referencia al conjunto de normas jurídicas a través de las cuales se regula el ejercicio del *ius puniendi* y que establecen los delitos y las penas, es proteger, a través de la prevención, los bienes jurídicos de la sociedad, cuyo atentado lesiona el orden social y los derechos fundamentales de los miembros de esa sociedad.⁶³¹

⁶²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2014, 23ª ed., en <http://dle.rae.es/>.

⁶²⁹ Ver Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, 30ª ed., p. 409, tomo 3; p. 376, tomo 4; p. 696, tomo 3.

⁶³⁰ Jorge Zavala Baquerizo, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁶³¹ Azucena Soledispa Toro, *Ciencias Penales*, Quito, CODEU, 2008, 1ª ed., p. 13.

Sobre el adjetivo *imparcial* Maier⁶³² sostiene que sin éste la palabra “juez” no se comprende, pues integra el concepto de esta palabra no sólo en cuando se refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga sino a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo requiere. Sin embargo la determinación del significado del adjetivo imparcial no es sencilla y depende de su contexto cultural y político, de las reglas relativas al procedimiento que se adopta, como de las reglas referentes a la organización judicial. Agrega que, tanto etimológica como semánticamente, este adjetivo refiere a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir sin interés personal alguno, y a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir.

En el intento de aproximarse al ideal de la imparcialidad del juzgador, Maier señala “tres máximas fundamentales”: la *independencia* de los jueces de todo poder estatal que pueda influir en la consideración del caso; la *imparcialidad frente al caso* determinada por la relación del juzgador con el caso mismo -que incluye la actividad previa de los jueces referida al caso y los protagonistas del conflicto- caracterizada como motivos de *temor o sospecha de parcialidad del juez* y que persigue el fin de posibilitar su exclusión de la tarea de juzgar un caso concreto, cuando él afecta su posición imparcial; y, el *principio del juez natural o legal*, que pretende evitar toda manipulación de los poderes del Estado para asignar un caso a un tribunal determinado, de modo que jueces elegidos para el efecto lo considerarán *ad hoc*.

Cabe indicar que las previsiones propuestas por Maier están recogidas formalmente en la normativa constitucional y legal del país. A nivel constitucional, la imparcialidad está reconocida como garantía básica del debido proceso penal y, en concreto, del derecho a la defensa; así lo estipula el art. 76.7, literal k, de la Constitución, que garantiza a las personas ser juzgadas por una “jueza o juez independiente, imparcial y competente”, prohibiendo que sean juzgadas por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. Paralelamente, la independencia interna y externa de los órganos de la Función Judicial constituye uno de

⁶³² Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aire, Editores del Puerto, 2004, 2ª ed., pp. 739-775.

los principios de la administración de justicia, cuya violación conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal (art. 168.1 *ibídem*).

Además, la imparcialidad está reconocida como principio en el art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), según el cual es deber de las juezas y jueces de la Función Judicial actuar de manera imparcial, respetando la igualdad ante la ley, así como emitir sus resoluciones únicamente sobre la base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Adicionalmente, según este principio, a fin de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, a menos que se notifique a la otra parte para que pueda estar presente en dichas reuniones y conozca lo que la otra parte va a exponer o tratar con la jueza o el juez de la causa.

Un elemento importante a tomar en cuenta en este principio es el mandato de respetar la igualdad ante la ley, que supone -conforme señala Judith Salgado- el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de las personas, lo cual significa un igual tratamiento de la ley, la generalidad de su aplicación y una protección igual de la ley a todas las personas, así como la prohibición de todo trato diferente que sea arbitrario e injusto, más aún de que dicha diferenciación tenga como base las denominadas categorías sospechosas,⁶³³ que, de acuerdo a la Corte Constitucional de Colombia, consisten en “toda diferenciación arbitraria por cualquier razón o condición social”, y que se fundan, generalmente, en “(i) [...] rasgos permanentes de la persona, de la cual ésta no puede prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) [...] características que han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes,

⁶³³ Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, 2009, p. 137.

derechos o cargas sociales”.⁶³⁴ Diferenciación arbitraria que viola el principio de igualdad y conduce a la discriminación.

Esto significa que, en casos de delitos de naturaleza sexual, en los que generalmente las víctimas son mujeres, niñas y niños, las juezas y jueces que los procesen deben reconocer y valorar las diferencias de género y las relaciones de poder que se producen, dentro y fuera del proceso, entre la víctima y el infractor y que coloca a la víctima en una situación de desigualdad; lo cual, si no es tomado en cuenta por el juez o jueza, convertiría a aquella, a más de víctima del delito sexual, en *víctima del proceso penal* al que paradójicamente acude en busca de justicia. Sobre este punto se volverá más adelante.

En concordancia con el principio de imparcialidad, los arts. 21 y 22 del COFJ establecen, por una parte, el *principio de probidad* que obliga a toda servidora o servidor de la Función Judicial a observar, en el desempeño de sus funciones, una “conducta diligente, recta, honrada e imparcial”; y, por otra, el *principio de la verdad procesal* según el cual las juezas y jueces resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. Es decir, estos principios, que comprenden también al de imparcialidad, son una garantía que establece la ley para que la tutela judicial sea efectiva.

En suma, el *principio de imparcialidad* obliga a jueces y juezas a resolver libres de afecto o desafecto, persuasiones, influencias, consideraciones subjetivas, prejuicios o ideas preconcebidas respecto de las partes procesales o del objeto del proceso.

Lastimosamente, este principio no siempre se ha respetado por parte de jueces⁶³⁵ en el procesamiento y juzgamiento de delitos sexuales, sobre todo cuando la víctima es una mujer joven o adulta, pues, conforme dan cuenta diferentes investigaciones,⁶³⁶ los prejuicios sociales y la diferente valoración que la sociedad da a la mujer y al hombre

⁶³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-416/13, en www.corteconstitucional.gov.co. En el mismo sentido ver las sentencias T- 810/11, T-297/13.

⁶³⁵ Ni tampoco por fiscales, policías y abogados en los diferentes momentos del proceso penal.

⁶³⁶ En particular, en este punto se hace referencia a la investigación realizada sobre la experiencia de servicios penales en la judicialización de casos de víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar en cinco ciudades del país, en el marco del Proyecto “Fortalecimiento de la vigencia de los derechos humanos de las mujeres por una vida libre de violencia”, ejecutado en 2007; investigación que está recogida en Cecilia Medina y Patricia Carrillo, *Los lenguajes de la IMPUNIDAD. Informe de investigación DELITOS SEXUALES Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, CEPAM-Quito, Quito, 2007.

(prejuicios por razones de género) pesan en el momento de investigar o resolver estos casos. De tal manera que, en el proceso, se ataca y desprestigia a la víctima, siendo ella quien debe demostrar su inocencia frente a los alegatos de abogados e imputados que sostienen que la denuncia es producto de venganza pasional o familiar o estrategia de chantaje para conseguir dinero, o se juzga la vida sexual o la moral de la víctima, o se asume que la víctima es idónea sólo cuando prueba que se trata de una mujer sin experiencia sexual.⁶³⁷ Aún más, en el momento de resolver, el juzgador se convierte en el principal acusador de la víctima llegando, incluso, a valorar si es la provocadora de la violación (por su vida sexual, por su forma de vestir, o por la hora o el lugar en que ocurrió el ataque) sin entrar a analizar y juzgar esta conducta delictiva como un acto violatorio de derechos humanos y de la legislación penal.⁶³⁸

Lo cual degenera en denegación de justicia e impunidad y, por tanto, en una violación de las obligaciones que tiene el Estado ecuatoriano contenidas en varios instrumentos internacionales tales como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*.

Sobre la *imparcialidad* de jueces y juezas, la Corte Constitucional para el período de transición ha puntualizado en uno de sus fallos que ésta “debe ser considerada desde dos aspectos: uno, subjetivo, por el que el juez debe carecer de prejuicio personal. Otro, objetivo, por el cual debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima respecto a su imparcialidad, por cuanto en su actuación los jueces deben inspirar confianza por la objetividad con la que actúan,” no sólo en las partes procesales sino en la ciudadanía en general. Agregando que constituye una garantía del debido proceso que sea un juez desinteresado el que resuelva el conflicto de las partes con un criterio objetivo e imparcial, “objetividad que demanda que el juez esté comprometido con el correcto cumplimiento de sus funciones y la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, asegurando que ninguna circunstancia extraña influya en sus decisiones. La

⁶³⁷ Cecilia Medina y Patricia Carrillo, *op. cit.*, pp. 41-51.

⁶³⁸ “Las entrevistas a operadores de justicia develan un doble estándar de juzgamiento hacia las mujeres jóvenes, adultas y menores de edad; es claro para ellos que hombres y mujeres menores de edad no provocan la acción violenta, mientras que la vida sexual de la mujer joven y adulta es juzgada para concluir si fue o no provocada la acción”, Cecilia Medina y Patricia Carrillo, *ibíd.*, p. 21.

imparcialidad es condición esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional [...]”.⁶³⁹ Es precisamente el aspecto subjetivo de la imparcialidad el que, con frecuencia, se ve vulnerado en el procesamiento y juzgamiento de delitos sexuales; lo cual incide en la objetividad de los operadores de justicia en el tratamiento de estas causas y, por ende, en que la tutela judicial a las víctimas de estos delitos en ocasiones no sea efectiva o, peor aún, no exista tal tutela.

Por su parte, respecto de este principio, la Corte Nacional de Justicia ha dicho que “[...] La imparcialidad que debe existir en la administración de justicia debe ser total, transparente, diáfana y cristalina, capaz de que no se esparza la menor sombra de duda sobre su preservancia y aplicación por parte de cada juez, de cada magistrado al que el Estado le ha conferido la sagrada misión de administrar justicia”.⁶⁴⁰

Conforme al texto constitucional, la tutela judicial no sólo debe ser efectiva e imparcial, sino también *expedita*, esto es, otorgada en forma pronta, rápida o con celeridad. Para Zavala Baquerizo que la tutela sea *expedita* significa que debe ser oportuna, esto es, que la actividad judicial, en el plazo que señalan los procedimientos previstos en la ley, repare el derecho lesionado y evite que se mantenga una situación injurídica que perturbe el ordenamiento jurídico y sea causa de inseguridad jurídica para los ciudadanos, lo cual implica que dicha actividad se desarrolle con la celeridad debida libre de cualquier obstáculo ilegal, o de morosidades que entorpezcan el normal desarrollo del proceso. De ahí que, para que esto se cumpla, el Estado debe darle a la Función Judicial los medios que requiere, pues, de lo contrario, por más esfuerzos que hagan sus titulares la tutela demandada deja de ser efectiva, más aún en el campo de lo penal donde el cúmulo de trabajo de los jueces impide que los procesos se desarrollen cumpliendo con los plazos legales, lo que demora la toma de decisiones oportunas y efectivas,⁶⁴¹ lo cual conculca los derechos de las víctimas de infracciones penales y de las personas procesadas por el cometimiento de éstas, tanto más si están privadas de la libertad.

⁶³⁹ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia N° 004-10-SEP-CC, de 24 de febrero de 2010, caso N° 0388-09-EP, publicada en el Registro Oficial N° 159, suplemento, de 26 de marzo de 2010.

⁶⁴⁰ Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, resolución N° 0171-2010, juicio N° 0064-2007, considerando SEXTO, en <http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=1408>.

⁶⁴¹ Jorge Zavala Baquerizo, *op. cit.*, pp. 68-69.

Por ello, la prontitud en el otorgamiento de la tutela requerida al órgano jurisdiccional es consustancial a la consecución de la justicia, puesto que “en la justicia no cabe demora”; así lo entendió el constituyente al redactar el texto del art. 75, cuando a renglón seguido establece que esta tutela, a más de ser expedita, debe sujetarse a los principios de inmediación y celeridad, reforzando el precepto de prontitud. En ese sentido, la Corte Constitucional para el período de transición, en sentencia N° 028-09-SEP-CC, dijo que “el carácter expedito de la tutela de los derechos tiene relación con la inmediación y celeridad en el tratamiento de los casos”.⁶⁴²

Retomando la línea de análisis, el tenor del art. 75 de la Constitución puntualiza que esta tutela efectiva, imparcial y expedita es con respecto a los *derechos e intereses de las personas*. ¿Cuál es el alcance de este presupuesto normativo?

En el derecho constitucional ecuatoriano los *derechos* comprenden las siete categorías de derechos, y sus componentes, que consagra la Constitución, a saber: derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección; estando el derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la categoría de los derechos de protección, conforme se dejó establecido en líneas anteriores. *Derechos constitucionales* que, tal como lo establece el último inciso del art. 11.3 de la Constitución, son “plenamente justiciables”, es decir, exigibles, en forma individual o colectiva,⁶⁴³ ante las autoridades jurisdiccionales competentes,⁶⁴⁴ en un *proceso constitucional*, mediante la *garantía jurisdiccional* correspondiente a determinado derecho o grupo de derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos,⁶⁴⁵ con la

⁶⁴² Corte Constitucional para el período de transición, sentencia N° 028-09-SEP-CC, caso N° 0041-08-EP, de 08 de octubre de 2009.

⁶⁴³ El art. 11.1 de la Constitución dispone que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, quienes garantizarán su cumplimiento.

⁶⁴⁴ Conforme lo establece el art. 86 de la Constitución son competentes para conocer y tramitar las garantías jurisdiccionales, en primera instancia, cualquier juez o jueza del lugar en el que se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos y, en caso de apelación, las cortes provinciales; a excepción de la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección que se interpondrán ante la Corte Constitucional (arts. 93 y 94 *ibíd.*).

⁶⁴⁵ Según el derecho a ser tutelado, las garantías jurisdiccionales que establece la Constitución son: *la acción de hábeas corpus* tutela el derecho a la libertad y otros derechos conexos a éste como la integridad y/o la salud y vida (art. 89); *la acción de hábeas data*, el derecho al acceso y protección de la información

finalidad de la protección “eficaz e inmediata” de tales derechos, la declaración de la violación de uno o varios de ellos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.⁶⁴⁶

En este marco, la *acción extraordinaria de protección* es la garantía jurisdiccional que se ejerce mediante el derecho de acción ante la Corte Constitucional para la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva y subsanar sus violaciones, conforme lo dispone el art. 94 de la Constitución.

Ahora bien, el término *derechos* también comprende los *derechos ordinarios* de naturaleza patrimonial que son derechos reales y de crédito, vinculados con la propiedad y cuantificables en dinero; pertenecen a un titular determinado, por tanto para demandarlos se debe demostrar tal titularidad; tienen por título actos singulares basados en acuerdos de voluntad; se producen entre personas que tienen igual estatus jurídico (capacidad) y se regulan en el ámbito del derecho privado.⁶⁴⁷

El término *derechos* además incluye los *derechos de las víctimas de las infracciones penales y de las personas procesadas por el cometimiento de dichas infracciones*. Ello, en el entendido de que el Estado tiene el poder privativo de castigar (*ius puniendi*) a quienes han ejecutado hechos punibles (delitos), siendo estos hechos el objeto del proceso penal; por lo que, una vez perpetrados, la acción penal⁶⁴⁸ entra en funcionamiento, ya sea por el ejercicio del Ministerio Público o, en su caso, por el de la

personal y conocimiento del uso que se haga de la misma (art. 92); la *acción de acceso a la información pública*, el derecho a la transparencia y acceso a la información pública negada, incompleta o inexacta (art. 91); la *acción extraordinaria de protección*, el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica (art. 94); la *acción de protección*, el resto de derechos constitucionales (art. 88); y, la *acción por incumplimiento* tutela la seguridad jurídica ante la falta de aplicación de normas del sistema jurídico o el incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos (art. 93).

⁶⁴⁶ Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece la finalidad de las garantías jurisdiccionales.

⁶⁴⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 1), 1ª reimpresión, pp. 227-230.

⁶⁴⁸ Sin entrar a profundizar sobre la naturaleza de la acción penal (que a veces se configura como un derecho y a veces como un deber, a diferencia de la acción civil que es siempre un derecho), vale puntualizar que “la acción penal es el poder jurídico concedido por el Estado a las personas o al Ministerio Público, con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que éste inicie el proceso penal cuando se ha violentado una norma jurídica penalmente protegida”. Jorge Zavala Baquerizo, *op. cit.*, p. 12.

víctima o por quien conoce del cometimiento de un delito.⁶⁴⁹ De ahí que, tanto la víctima, como titular de un bien jurídico lesionado por la conducta delictiva, como la persona procesada, comparecen al proceso penal para esclarecer el hecho punible, constituyéndose en sujetos claves de dicho proceso, con potestad para ejercer los derechos que le reconoce la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el Código Orgánico Integral Penal, conforme normativamente les está garantizado.⁶⁵⁰

Para la protección de los derechos constitucionales, de los ordinarios, de los de las víctimas de las infracciones penales y de las personas procesadas por el cometimiento de éstas, existe toda una estructura judicial así como normas de carácter sustantivo y adjetivo.

En definitiva, se trata de tutelas sustantivas diferenciadas que gozan a su vez de tutelas procesales, también diferenciadas, que tienen como denominador común las garantías del debido proceso.

Con respecto a los *intereses* que son objeto de tutela judicial efectiva, Zavala Baquerizo sostiene que debe entenderse por tales, ante todo, los legítimos y aquellos que pretenden alcanzar un beneficio debido (como la seguridad social o la jubilación) o que se enerve un daño o peligro de daño o la remoción de obstáculos ilegítimos para el goce de un bien de la vida, o para el ejercicio de un derecho.⁶⁵¹

Además, el término *intereses* incluye a aquellos que tiene una persona en una causa como tercero perjudicado o tercero interesado en la misma. En el primer caso, se trata de las tercerías en materia civil, en virtud de las cuales en todo proceso, incluida la ejecución, podrá intervenir una tercera persona a quien las providencias judiciales

⁶⁴⁹ El art. 421 del COIP dispone que la persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción podrá presentar la denuncia ante los órganos correspondientes; en tanto que, el art. 422 *ibíd.* dispone que tienen el deber de denunciar, por una parte, la o el servidor público que, en el ejercicio de sus funciones, conozca de la comisión de un presunto delito contra la eficiencia de la administración pública, por otra parte, las o los profesionales de la salud de establecimientos públicos o privados, que conozcan de la comisión de un presunto delito y, finalmente, las o los directores, educadores u otras personas responsables de instituciones educativas, por presuntos delitos cometidos en dichos centros.

⁶⁵⁰ Arts. 439-441 y 11 del COIP.

⁶⁵¹ Jorge Zavala Baquerizo, *op. cit.*, pp. 70-71.

causen perjuicio directo (art. 46 del Código Orgánico General de Procesos⁶⁵²). El segundo caso, procede para los procesos constitucionales, en los cuales, por efecto del art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, está previsto que cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá comparecer a la misma con la presentación de un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia, pudiendo esta persona o grupo interesado ser escuchado en la audiencia pública si lo creyere necesario la jueza o el juez. También podrán intervenir en estos procesos, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.

Cabe indicar que las víctimas de las infracciones penales y las personas en general, cuando denuncian la comisión de un delito, tienen interés en que se sancione las conductas punibles que les han afectado directamente y/o que afectan al orden social, según el caso, o que el hecho no vuelva a ocurrir; por tanto, en virtud de este interés, también tienen derecho a la tutela judicial efectiva.

3.1.4. Tutela con sujeción a los principios de inmediatez y celeridad

Otro de los elementos constitutivos de la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución vigente es la sujeción de la tutela a los *principios de inmediatez y celeridad*.

Cabanellas de Torres puntualiza que *el principio de inmediatez* es “aquel que impone o aconseja que el juzgador mantenga el mayor contacto con las partes, para descubrir mejor su actitud y conocer su proceder personal en el juicio, indicio importante de la mala o buena fe con que actúan y, por ende, del Derecho en que confían o del que simulan”.⁶⁵³ Es decir, para que opere este principio, la oralidad es un factor fundamental; puesto que, a través de los escritos, es imposible que el juzgador tenga este contacto personal con las partes.

⁶⁵² El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) fue promulgado en el Registro Oficial N° 506, suplemento, de 22 de mayo de 2015 y entró en vigencia en su totalidad el 23 de mayo de 2016, luego de transcurridos doce meses contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas puntuales señaladas en el Disposición Final SEGUNDA que entraron en vigencia a partir de la fecha de su publicación.

⁶⁵³ Guillermo Cabanellas de Torres, *op. cit.*, p. 467, tomo VI.

Siendo así, desde el momento en que el constituyente estableció que un elemento constitutivo de la tutela judicial efectiva es, entre otros, el principio de inmediación, se hizo eco de las corrientes procesales que demandan oralidad en todas las materias, e impuso un cambio en el sistema procesal ecuatoriano para que la tutela judicial sea realmente efectiva. Este cambio finalmente se configuró en Ecuador con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que entró en vigencia en su totalidad el 23 de mayo de 2016.

Además, la *inmediación* es otro de los principios de la Función Judicial que, junto con los principios dispositivo y de concentración, está establecido en el art. 19 del COFJ; según este principio, los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa.

En cuanto al *principio de celeridad*, Cabanellas de Torres señala que, es un principio general procesal “conforme al cual deben evitarse en el proceso los trámites que lo prolongan, sin contribuir a los fines jurídicos de las actuaciones, lográndose así la máxima *celeridad* compatible con la efectividad y seguridad del sistema de justicia”.⁶⁵⁴

Al respecto, Zavala Baquerizo acota que la respuesta del órgano jurisdiccional a la demanda de tutela jurídica debe ser oportuna, esto es, sin precipitaciones de procedimiento que menoscaben los derechos de los sujetos procesales y sin demoras y prórrogas indebidas que retrasen la toma de la decisión definitiva; de modo que quede efectivizada en los plazos previstos por la ley, sin que se justifique la tardanza en conceder dicha protección.⁶⁵⁵

Por su parte, el art. 20 del COFJ señala que la administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido; por lo que, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. En salvaguarda del cumplimiento de lo establecido, la disposición puntualiza que el retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y

⁶⁵⁴ *Ibíd.*, p. 466, tomo VI.

⁶⁵⁵ Jorge Zavala Baquerizo, *op. cit.*, pp. 68-69.

servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.⁶⁵⁶

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional para el período de transición⁶⁵⁷ ha establecido que el principio de inmediación se traduce en la inmediata comunicación que debe existir entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. Y que, por su parte, el principio de celeridad no es otra cosa que el llamado que se hace a los jueces para que obren con prontitud en el despacho de las causas que son sometidas a su conocimiento y resolución; sin embargo, dice la Corte, dicha prontitud no es sinónimo de mera velocidad, pues el juez deberá tomarse un tiempo razonable que le permita reflexionar su sentencia y razonamientos. Con esto se busca que los jueces resuelvan dentro de ciertos oportunos y razonables límites, manteniendo un adecuado equilibrio entre la justicia y la certeza jurídica.

Cabe indicar que, para contribuir a la celeridad del proceso, el art. 19 del COFJ establece que se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos para lograr la concentración. Pero no es sólo para ello sino también para coadyuvar a la *economía procesal* que es otro de los principios procesales básicos, el que, por cierto, no está establecido como tal en el COFJ, aunque lo invoca en el art. 18 como uno de los principios que consagrarán las normas procesales, al señalar al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, en consonancia con lo dispuesto en el art. 169 de la Constitución.

Es decir, los principios de celeridad, concentración y economía procesal están relacionados; tanto así, que estos principios junto con los de eficacia, uniformidad y simplificación, son los encargados de hacer efectivas las garantías del debido proceso, conforme lo establece el art. 169 de la Constitución, luego de señalar que el sistema

⁶⁵⁶ El incumplimiento de este deber genera responsabilidad administrativa que es sancionada disciplinariamente, “sin perjuicio de la acciones civiles o penales a que hubiere lugar”, de conformidad con la Codificación del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura; Resolución N° 029-2015, emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 25 de febrero de 2015 y publicada en el Registro Oficial N° 455, suplemento, de 10 de marzo de 2015.

⁶⁵⁷ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia N° 028-09-SEP-CC, de 08 de octubre de 2009, caso N° 0041-08-EP, publicada en el R.O. N° 054, suplemento, de 26 de octubre de 2009.

procesal es un medio para la realización de la justicia y concluir que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Esto, por cuanto el formalismo procesal influye en la celeridad de la administración de justicia e, incluso, en el ánimo de litigar de los justiciables,⁶⁵⁸ quienes, frente a la falta de celeridad procesal, podrían verse presionados a llegar a acuerdos en desmedro de sus derechos o a abandonar el proceso, sobre todo en el caso de los justiciables económicamente más débiles o apremiados por obtener una decisión, al no estar en capacidad de esperar el resultado del proceso y de asumir un mayor costo del litigio. Es decir, el formalismo y la demora procesal también degeneran en denegación de justicia.

3.1.5. Tutela sin indefensión

El art. 75 de la Constitución también establece que en ningún caso una persona que accede a la justicia quedará en *indefensión*. El alcance de este término, al igual que los otros que utiliza el constituyente en la redacción del texto constitucional, debe ser entendido por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, conforme lo establece el art. 427 *ibídem*. En ese sentido, el Diccionario de la Lengua Española⁶⁵⁹ ofrece dos definiciones complementarias del término *indefensión* que conviene analizar, éstas son: “1. f. Falta de defensa, situación de las personas o cosas que están indefensas. 2. *Der.* Situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial”.

Es decir, la indefensión no solo comprende la falta de defensa o de defensor/a porque la persona no la tiene o porque el Estado o el juzgador/a no se la provee sino también la limitación indebida al derecho a la defensa a quien, contando con defensor/a, se le niega la posibilidad de ejercer técnica y jurídicamente su defensa dentro de un proceso, cualquiera sea la calidad en que comparece al mismo (demandado/a, acusado/a, víctima o tercero/a interesado/a) y no obstante a que la ley le concede ese derecho; por ejemplo, negar directa o tácitamente la práctica de una prueba fundamental para la defensa de una de las partes a pretexto de celeridad, tal como mediante acción

⁶⁵⁸ Luis Ávila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, *op. cit.*, p. 200.

⁶⁵⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2014, 23ª ed., en <http://dle.rae.es/>.

extraordinaria de protección conoció en el 2009 la Corte Constitucional para el período de transición,⁶⁶⁰ pronunciándose en el sentido de que la locución “en ningún caso”, contenida en el art. 75 de la Constitución, “es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, éste último debe ceder en beneficio del primero,” lo contrario coloca en indefensión al accionante y es inconstitucional.

Más tarde, la Corte Constitucional del Ecuador⁶⁶¹ amplió su criterio puntualizando que el término utilizado por nuestra Constitución, “en ningún caso quedará en indefensión”, implica que las autoridades judiciales deben garantizar a las partes en un proceso, durante todas sus etapas, su derecho a una defensa contradictoria a través del uso de los medios procesales adecuados para hacer prevalecer sus derechos e intereses. En ese mismo fallo la Corte estableció que todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del derecho a la defensa producirán, en última instancia, indefensión; y señaló que existe una articulación e interdependencia entre el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que si parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva implica la prohibición a los órganos jurisdiccionales de dejar en indefensión los derechos de los sujetos y el derecho a la defensa provee de mecanismos concretos para lograr ese objetivo, es innegable su estrecha relación. Existe

⁶⁶⁰ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia N° 009-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009, caso N° 0077-09-EP, publicada en el Registro Oficial N° 602, suplemento, de 01 de junio de 2009. Mediante esta acción se impugnó una providencia dictada por un juez de lo penal, dentro de un proceso penal de tránsito, en el que, a pedido del acusado se había ordenado se recepte el testimonio de dos personas residentes en el extranjero y se libre el correspondiente exhorto; sin embargo, por causas no imputables a la administración de justicia no fue posible tramitar el exhorto y las audiencias convocadas no pudieron realizarse. Pese a ello, el juez de la causa señala día y hora para celebrar la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento precisando que ésta “se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurran, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento”. En este caso la Corte Constitucional consideró que, según esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse antes de que se hubiese tornado exigible la obligación de tales peritos o testigos de comparecer; “o, dicho de otro modo, se la pudiese realizar vulnerando el derecho de la parte a exigir su comparecencia, que solo se activa con la notificación apropiada. Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que “en ningún caso” puede suceder conforme al art. 75 de la Constitución de la República, ni siquiera en beneficio de celeridad procesal”. Por lo que en sentencia la Corte Constitucional aceptó la acción extraordinaria de protección planteada y dejó sin efecto la providencia impugnada.

⁶⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 117-14-SEP-CC de 06 de agosto de 2014, emitida en el caso N° 1010-11-EP, publicada en el Registro Oficial N° 340, segundo suplemento, de 24 de septiembre de 2014. En el mismo sentido, véase la sentencia N° 024-10-SEP-CC, de 3 de junio de 2010, caso N° 0182-09.

indefensión -agregó- cuando, por un motivo no previsto en la ley o estando previsto es irracional o desproporcionado, se priva a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos en el proceso o se permite, por ese hecho, que una parte tenga una posición prevalente con respecto de la otra. Por el contrario, no existiría indefensión si esta situación se debe a que la parte procesal voluntariamente la aceptó o se produjo como resultado de su propia negligencia. En definitiva -sostuvo la Corte-, para que la indefensión constituya una vulneración de derechos constitucionales, debe tratarse de una limitación o privación del derecho a la defensa y como corolario, una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, en los términos del art. 75 de la Constitución.

Por otra parte, en el ejercicio profesional también se verifican situaciones de indefensión de los justiciables cuando el defensor/a lejos de impulsar una defensa (presentar, contradecir o pedir la práctica de pruebas o hacer alegaciones jurídicas) se limita a “acompañar” al sujeto procesal en la audiencia, ya sea porque fue designado/a como defensor/a a última hora y no tuvo tiempo de revisar el proceso y conversar con su defendido/a o porque no maneja la materia objeto del litigio, como en ocasiones ha ocurrido en el ámbito de violencia contra la mujer, quedando en indefensión la víctima o el infractor, pese a contar con abogado/a.⁶⁶²

Cabe indicar que, desde el momento en que el art. 75 de la Constitución dispone que ninguna persona quede en indefensión, el Estado se obliga a procurar los medios para que esto se cumpla; en respuesta a ello, crea la Defensoría Pública como órgano autónomo de la Función Judicial con el mandato de garantizar el acceso a la justicia de las personas que no pueden contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, en todas las materias e instancias, conforme lo establece el art. 191 de la Constitución, ya comentado, y conforme lo ratifica el inciso segundo del art. 36 del COGEP.

3.1.6. La ejecución de las resoluciones judiciales

⁶⁶² Esta afirmación se sustenta en las constataciones de la autora de este trabajo durante el ejercicio de la profesión de abogada por, aproximadamente, 25 años, tanto libremente como durante sus funciones de Comisaria de la Mujer y la Familia del Cantón Quito, de abril del 2000 a julio del 2002.

Por último, la parte final del art. 75 establece que *el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*. Esto es importante en el marco de la tutela judicial efectiva por cuanto hace referencia a la obligatoriedad de la ejecución de lo dispuesto o resuelto por jueces y juezas dentro de un proceso, como una garantía para los justiciables. Garantía que abarca a todas las resoluciones judiciales, entendiendo por tales a las expedidas durante el desarrollo del proceso, a las que ponen fin a éste y a las que se dictaren posteriormente para la cabal ejecución de lo ordenado en sentencia, siempre y cuando tales resoluciones judiciales sean definitivas y estén firmes o hayan pasado por autoridad de cosa juzgada. Se excluye, por tanto, a las resoluciones que han sido legal y oportunamente impugnadas y que estén pendientes de una resolución por parte del propio juez o jueza o de un tribunal u órgano jurisdiccional superior, la que podría modificar la resolución inicial.

En consecuencia, siendo, como es, que una persona accede a la administración de justicia no sólo con el propósito de obtener una sentencia que ponga fin a un conflicto, reconozca un derecho o establezca la verdad de los hechos sino de que tal sentencia se ejecute, es obligación del juez o jueza, además de dictar la correspondiente sentencia, emitir las disposiciones que sean necesarias para que se ejecuten los términos de la misma. Sin estas disposiciones o si emitidas no son claras y precisas, la ejecución de la sentencia se podría retrasar o, en el peor de los casos, quedar en letra muerta. Por su parte, los encargados de ejecutar tal sentencia deben cumplirla fielmente y de inmediato bajo pena de incumplimiento.⁶⁶³ Sólo así la tutela judicial será realmente efectiva.

Adicionalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido consagrado como principio de la Función Judicial en el art. 23 del COFJ, según el cual “las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido”. Siendo su obligación resolver “siempre” las pretensiones y excepciones que hayan deducido los

⁶⁶³ Al respecto, el art. 282 del COIP dispone: “Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.- La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los méritos del proceso; la desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Esta disposición normativa además establece que, para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal -por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley- las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

De esta forma la Función Judicial le da preeminencia al derecho a la tutela judicial efectiva y a la garantía de su cumplimiento por parte de jueces y juezas, en su labor diaria.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador ha ido configurando y consolidando el derecho a la tutela judicial efectiva en sus diferentes fallos, sobre todo a partir del 2008, con la promulgación de la Constitución vigente; siendo éste uno de los derechos sobre cuya violación o respeto se ha pronunciado en mayor medida.⁶⁶⁴

En 2009, la Corte definió que el derecho de tutela judicial efectiva, expedita e imparcial, “es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas”; por lo tanto- agrega la Corte- la efectividad en la tutela de los derechos no se traduce únicamente en la mera construcción de una sentencia o fallo por parte del juez, sino además que dicho fallo debe ser argumentado, motivado y coherente.⁶⁶⁵ En

⁶⁶⁴ Desde octubre de 2008 hasta el 25/12/2015 la Corte Constitucional emitió 425 sentencias sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro de Acciones Extraordinarias de Protección. Información disponible en <http://relatoria.corteconstitucional.gob.ec:8282/cgi-bin/wxis.exe/iah/scripts/>.

⁶⁶⁵ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia N° 028-09-SEP-CC, de 08 de octubre de 2009, caso N° 0041-08-EP, publicada en el Registro Oficial N° 054, suplemento, de 26 de octubre de 2009.

este sentido, en reiteradas ocasiones⁶⁶⁶ la Corte ha dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva guarda relación con el derecho al debido proceso y sus garantías.⁶⁶⁷

La Corte también ha sostenido que la tutela judicial efectiva es una facultad conocida procesalmente como derecho de petición, lo cual implica una serie de obligaciones por parte del ente estatal; entre ellas, la existencia de un órgano jurisdiccional y de jueces y juezas quienes, investidos de potestad jurisdiccional, deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la justicia.⁶⁶⁸

Poco después, la Corte Constitucional estableció⁶⁶⁹ que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto -dijo- “se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia”.

Bajo este entendido, la Corte consideró⁶⁷⁰ que el derecho a la tutela judicial efectiva “es sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia”; puesto que un sistema es eficiente si el órgano jurisdiccional cumple con ciertas condiciones que le impone la Constitución y brinda a los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes. Por lo que es claro que el acceso a los tribunales de justicia forma parte

⁶⁶⁶ Véase por ejemplo, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 038-15-SEP-CC, de 11 de febrero de 2015, caso N° 1962-13-EP; y, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 121-14-SEP-CC, caso N° 0523-12-EP.

⁶⁶⁷ Entre ellas la motivación, llegando a precisar los requisitos necesarios para que una sentencia se encuentre debidamente motivada (razonabilidad, lógica y comprensibilidad) y verificando si éstos se cumplen en las decisiones impugnadas.

⁶⁶⁸ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia N° 042-12-SEP-CC, caso N° 0085-09-EP.

⁶⁶⁹ Corte Constitucional para el período de transición, sentencia N° 030-10-SCN-CC, caso N° 0056-10-CN, publicada en el Registro Oficial N° 359, suplemento, de 10 de enero de 2011. En el mismo sentido véase, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 117-14-SEP-CC, de 06 de agosto de 2014, caso N° 1010-11-EP.

⁶⁷⁰ *Ibíd.*

medular de este derecho. De esta forma, “el derecho a la tutela efectiva comprenderá la eliminación de todos los obstáculos que impidan ese libre acceso a la jurisdicción”; la limitación al acceso al sistema jurisdiccional constituye una restricción injustificada al derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita.

En fechas más próximas,⁶⁷¹ la Corte estimó que “el derecho a la tutela judicial efectiva comporta el derecho de las personas al acceso a la justicia y el deber de los operadores judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales y constitucionales pertinentes; de esta manera, se configura el rol de jueces y juezas de ser garantes del respeto a los derechos que les asiste a las partes dentro de cada proceso”. Además, la Corte acotó que este derecho tiene como propósito principal la consecución de la justicia al garantizar el acceso a los órganos judiciales, por lo que el Estado es el responsable de asegurar su adecuada ejecución.

Bajo este contexto, agrega la Corte, el derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres momentos: *primero*, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el art. 168 de la Constitución de la República; en *segundo* lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y, *finalmente*, a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos; es decir, “la tutela judicial efectiva va más allá del simple acceso gratuito a la justicia; implica una serie de actuaciones por parte del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República”, por tanto, los operadores de justicia deben enmarcar sus actuaciones sin condicionamientos, en observancia a las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto.⁶⁷²

La Corte últimamente ha llegado a establecer que la tutela judicial efectiva es el derecho que garantiza a las personas el acceso a la justicia, sin que su pleno ejercicio se

⁶⁷¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 136-14-SEP-CC, de 17 de septiembre de 2014, caso N° 0148-11-EP.

⁶⁷² *Ibíd.*

agote únicamente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues implica también la obligación que tiene el operador de justicia de sustanciar la causa observando el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para cada caso y concluyendo el mismo a través de una decisión motivada que garantice los derechos de las partes.⁶⁷³

De la jurisprudencia citada se puede apreciar cómo, poco a poco, la Corte Constitucional de Ecuador ha ido avanzando en el análisis y comprensión del derecho a la tutela judicial efectiva y, con la ayuda de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, ha comenzado a consolidar un criterio propio respecto de este derecho y de sus contenidos.

3.1.7. La tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido penalmente

La relevancia del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 75 de la Constitución ha llevado a la Asamblea ecuatoriana a tipificar como infracciones penales ciertas conductas que lesionan este derecho, aunque lo ha hecho de forma defectuosa, como se refiere a continuación.

En principio, ¿Qué es el bien jurídico?⁶⁷⁴ No existe un concepto único de bien jurídico, es más, los autores aún discuten en cuanto a su noción; sin embargo prevalece entre ellos el criterio de que su determinación debe ser de carácter material.⁶⁷⁵ Para Von Liszt los bienes jurídicos son los “[...] intereses vitales del individuo o de la comunidad”, jurídicamente protegidos.⁶⁷⁶ Roxin entiende por bienes jurídicos “[...] las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal

⁶⁷³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 038-15-SEP-CC, de 11 de febrero de 2015, caso N° 1962-13-EP, en <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/bd00d9c5-1a81-4607-9dbc-0aabf07d5c65/1962-13-ep-sen.pdf?guest=true>.

⁶⁷⁴ Respecto al alcance del término *bien jurídico* y a su conceptualización son varias y diversas las reflexiones generadas por los estudiosos del Derecho Penal; en profundidad véase Juan Lascuraín Sánchez, “Bien jurídico y objeto protegible”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LX, España, 2007, pp. 119-163; Diana Restrepo Rodríguez, “Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano”, en Revista Nuevo Foro Penal, N° 75, vol. 6, Medellín, Universidad EAFIT, julio-diciembre de 2010, pp. 131-193, en <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/1888/1886>; y, Manuel Leyva Estupiñán y Larisbel Lugo Arteaga, “El bien jurídico y las funciones del Derecho penal”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 100, vol. XXXVI, España, enero-junio de 2015, pp. 63-73, en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/4482/5125>.

⁶⁷⁵ José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal*, Lima, EDDILI, 1987, 2ª ed., p. 11.

⁶⁷⁶ Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adiciones de Quintiliano Saldaña, tomo II, Madrid, Reus, 1999, 4ª ed. p. 6.

edificado sobre esa finalidad”.⁶⁷⁷ Según Muñoz Conde, los bienes jurídicos “son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social”.⁶⁷⁸ Cobo del Rosal y Vives Antón definen al bien jurídico como “todo valor de la vida humana protegida por el derecho”.⁶⁷⁹ Definiciones de las cuales se colige que, pese a los esfuerzos por su conceptualización, sigue siendo una noción oscura. Al respecto, Hurtado Pozo señala que esta dificultad “reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos, culturales”;⁶⁸⁰ frente a esta “cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo”, los juristas -agrega Hurtado Pozo- recurren actualmente al catálogo de valores reconocidos en las constituciones, criterio que, sin embargo, no deja de ser inseguro, tanto así que sus defensores se ven precisados a considerar que “no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos”, aunque el citado autor admite que “la Carta fundamental bien puede servir como base y marco a la actividad legislativa en materia penal”.⁶⁸¹ En suma, los bienes jurídicos son determinados intereses o valores individuales o sociales que el ordenamiento jurídico considera que merecen una especial protección por ser indispensables para la vida en sociedad.

Ahora bien, ¿Qué se entiende por tutela judicial efectiva como objeto de protección penal?

Conforme ha quedado establecido, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental constitucionalizado que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, “[...] comporta el derecho de las personas al acceso a la justicia y el deber de los operadores judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros legales y constitucionales pertinentes”, siendo su propósito principal la

⁶⁷⁷ Claus Roxin, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 15-01, 2013, p. 01:5, trad., al español de Manuel Cancio Meliá, en <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.

⁶⁷⁸ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2001, 2ª ed., pp.90-91.

⁶⁷⁹ Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1988, p. 249.

⁶⁸⁰ José Hurtado Pozo, *op. cit.*, p. 11

⁶⁸¹ *Loc. cit.*

consecución de la justicia⁶⁸² mediante “[...] una serie de actuaciones por parte del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República”.⁶⁸³

Es decir, el fin último de la tutela judicial efectiva es la consecución de la justicia a través de un proceso que respeta derechos y garantías desde el momento en que las personas acceden al mismo, durante su tramitación y una vez dictada la sentencia hasta su completa ejecución; siendo los órganos jurisdiccionales del Estado los encargados de cumplir y hacer cumplir tales derechos y garantías, y sustanciar ese proceso de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

En ese sentido, la tutela judicial efectiva como bien jurídico se pone en peligro cuando se obstruye la consecución de la justicia -como valor indispensable para la vida social- ya sea por parte de los particulares o por parte de los órganos jurisdiccionales al incumplir sus deberes propios de tutelar tales derechos y garantías, y sustanciar el proceso de acuerdo al ordenamiento jurídico.

Sobre esta base, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece, por un lado, los “*Delitos contra la tutela judicial efectiva*” y, por otro, las “*Contravenciones contra la tutela judicial efectiva*”; en los primeros integra algunos tipos penales que, en el anterior Código Penal, estaban incorporados en el título “De los delitos contra la administración pública” o en el título “De los delitos contra la fe pública”.

Los delitos contra la tutela judicial efectiva consisten en: prevaricato de las o los jueces o árbitros (art. 268); prevaricato de las o los abogados (art. 269); perjurio y falso testimonio (art. 270); acusación o denuncia maliciosa (art. 271); fraude procesal (art. 272); revelación de identidad de agente encubierto, informante, testigo o persona protegida (art. 273); evasión de centro de privación de libertad (art. 274); ingreso de artículos prohibidos a los centros de privación de libertad (art. 275); y, omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud (art. 276). Una breve enunciación de estos tipos penales permitirá ilustrar determinados elementos normativos de cada uno de ellos.

⁶⁸² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 136-14-SEP-CC, de 17 de septiembre de 2014, caso N° 0148-11-EP.

⁶⁸³ *Loc. cit.*

El prevaricato de las o los jueces o árbitros se configura cuando estos sujetos fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes, procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores. Siendo sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses. En comparación con la normativa anterior se evidencia que se mantiene el techo de cinco años pero se aumenta el piso, antes era de un año, ahora de tres años; es decir, se reprime con más severidad. Por otra parte, se excluye del actual tipo penal a los empleados judiciales tales como amanuenses o secretarios que, por interés personal, afecto o desafecto, nieguen, rehúsen o retarden el despacho de las causas y, por ende, la administración de justicia; quienes, si bien es cierto, están bajo el mando del juez o jueza, titular de la judicatura en cuestión, tienen responsabilidades específicas en función de su empleo, las que, en conjunto con las responsabilidades del juez o jueza constituyen la tutela judicial.

El prevaricato de las o los abogados consiste en revelar dentro de juicio, a la parte contraria, los secretos de la persona a quien defiende o el hecho de que, después de haber defendido a una parte y enterándose de sus medios de defensa, la abandone y defienda a la otra; quienes incurran en esta infracción penal serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años. En este caso, comparando la pena con la prevista en el anterior Código se mantiene el piso y baja el techo de cinco a tres años. Es decir, si bien se sanciona la deslealtad profesional y la falta de ética profesional se considera que la infracción es menos grave que si la cometiera un juez o jueza, valorando que éstos tienen responsabilidades mayores inherentes al servicio público de administración de justicia.

El perjurio lo comete la persona que, al declarar, confesar, informar o traducir ante autoridad competente falte a la verdad bajo juramento o lo haga ante Notario Público en declaraciones patrimoniales juramentadas o juradas; conducta que es sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando estas conductas se cometen ante autoridad competente y sin juramento se incurre en falso testimonio, que será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si el perjurio se

comete en causa penal, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años; si en causa penal se comete falso testimonio, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Se exceptúan los casos de versiones y testimonio de la o el sospechoso o de la o el procesado, tanto en la fase pre procesal, como en el proceso penal. Cabe indicar que, en relación con el anterior Código Penal las penas para estos delitos en unos casos aumentan y en otros bajan pero esto se debe a los rangos de penas utilizadas en el actual COIP (de uno a tres, de tres a cinco, de cinco a siete, etc.).

Además, se incorpora un tipo penal nuevo: acusación o denuncia maliciosa, según el cual la persona que proponga una denuncia o acusación particular cuyos hechos no sean probados, siempre que la acusación o denuncia sea declarada judicialmente como maliciosa, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. De esta forma se pretende persuadir a las personas para que, antes de presentar una denuncia o acusación particular, y movilizar al aparato del sistema penal, se asegure de que no es maliciosa o planteada para causar daño.

El fraude procesal se configura cuando una persona, con el fin de inducir a engaño a la jueza o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas; se configura también cuando, conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos. Siendo sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si bien este delito ya cuenta con nombre propio, su incorporación no es una novedad puesto que algunos de sus elementos constitutivos ya estaban recogidos, aunque en forma dispersa, en el capítulo “De los delitos contra la actividad judicial” del anterior Código Penal.

Se ha incluido en este grupo de tipos penales la revelación de la identidad real o nueva, el domicilio o paradero u otro dato que permita identificar y ubicar a un agente encubierto, informante, testigo o persona protegida; infracción que está sancionada con pena privativa de la libertad de uno a tres años. Este es un tipo penal nuevo que se sustenta, por una parte, en las normas relativas a la asistencia y protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal para precautelar la integridad y no revictimización de estas personas cuando se encuentren en peligro, en razón del delito por el que intervienen en el proceso;⁶⁸⁴ y, por otra, en las “Técnicas especiales de investigación” que establece el COIP, entre ellas las operaciones encubiertas que, de manera excepcional, se podrán realizar bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía para que sus agentes se introduzcan en organizaciones o agrupaciones delictivas ocultando su identidad, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación (art. 483 COIP). En este sentido, el tipo penal busca proteger a estas personas y sancionar a quienes revelen datos que podrían poner en peligro su integridad y vida, así como la investigación procesal.

También se incluye en este grupo de delitos al tipo penal de “evasión”, por medio del cual se reprime a quien por acción u omisión permita que un privado de la libertad se evada del centro de privación de libertad, acto sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años y, si es cometido por una o un servidor público, la pena será de tres a cinco años de privación de libertad, si la infracción es culposa la pena será de seis meses a un año de privación de libertad. Adicionalmente se reprime a la persona privada de libertad -ya sea por sentencia condenatoria o por medida cautelar- que se evada, la cual será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Este tipo penal se corresponde con la tutela judicial efectiva en la medida en que, por un lado, el cumplimiento de una medida cautelar de prisión preventiva se orienta a asegurar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena y, por otro, la pena privativa de libertad constituye parte de la ejecución de la sentencia; es

⁶⁸⁴ Como es el caso de delitos de trata de personas, violencia sexual o delincuencia organizada, conforme lo establece el COIP y el Reglamento para el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal, publicado en el Registro Oficial N° 219, segundo suplemento, de 04 de abril de 2014, puesto en circulación el 8 de abril de 2014.

decir, al evadir la privación de libertad se evade también la ejecución de las disposiciones emitidas por la autoridad jurisdiccional correspondiente.

No pasa lo mismo, en cambio, con el tipo penal según el cual se reprime a la persona que ingrese, por sí misma o a través de terceros, a los centros de privación de libertad, bebidas alcohólicas, sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización, armas, teléfonos celulares o equipos de comunicación, bienes u objetos prohibidos adheridos al cuerpo o a sus prendas de vestir, la que será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años; puesto que esta infracción nada tiene que ver con la tutela judicial efectiva sino con las normas de seguridad y funcionamiento de los centros de privación de libertad.

Otro tipo penal que se incorpora en esta sección es la omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud pese a haber recibido a una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, a la integridad sexual y reproductiva o muerte violenta, quien será sancionado con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Este delito ya estaba incorporado, aunque no con esta especificidad, en el anterior Código Penal en el capítulo “De los delitos contra la actividad judicial”; destacándose que dentro de los supuestos del nuevo tipo penal no se incluye el aborto, por cuanto los delitos contra la integridad reproductiva, como se sabe, son inseminación no consentida y privación forzada de la capacidad de reproducción (arts. 164 y 165 del COIP). De manera que, sobre la base de este tipo penal, los prestadores de servicios de salud no podrían denunciar ante la policía a mujeres que lleguen a esos servicios en busca de atención por abortos espontáneos o incompletos, como en un momento dado se lo hizo con el anterior Código Penal,⁶⁸⁵ ya que, por un lado, los servicios de salud están obligados, por mandato constitucional, a garantizar la confidencialidad de la información de los pacientes (art. 362) y, por otro, violar el secreto profesional es un delito tipificado y sancionado en el art. 179 del COIP.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ Ver en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE) los procesos 08241-2013-0115; 08241-2014-0028; 08253-2013-0324; 08253-2013-0349.

⁶⁸⁶ Constitución, art. 362: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. [...]”. (El resaltado es mío).

Hasta aquí llega el grupo de delitos contra la tutela judicial efectiva, por eso llama la atención que no se haya incorporado, como sí lo hacía el anterior Código Penal entre los delitos contra la actividad judicial, la falta de denuncia de los agentes policiales que, habiendo tenido noticia de la perpetración de un delito, no lo pusiere inmediatamente en conocimiento de la fiscalía o de un juez o jueza penal; sobre todo habida cuenta que han sido ya algunos casos descubiertos en que los propios agentes de policía no sólo que conocen del cometimiento de delito sino que ellos mismos participan en tales hechos delictivos. El Código debió dar el mismo trato a los profesionales de la salud y a los agentes policiales, como antes se lo hacía, en el caso de omisión de denuncia.

Finalmente, en este capítulo se incorpora las contravenciones (o la contravención porque sólo es una) contra la tutela judicial efectiva que consiste en la omisión de denuncia por parte de una persona que en calidad de servidora o servidor público y en función de su cargo, conozca de algún hecho que pueda configurar una infracción y no lo ponga inmediatamente en conocimiento de la autoridad, quien por incurrir en esta infracción será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días. De lo que se colige que la falta de denuncia de un agente de policía constituye contravención, a diferencia de la falta de denuncia de un profesional de la salud que constituye delito, pese a que estos dos tipos de profesionales/servidores tienen por igual la obligación de precautelar bienes jurídicos fundamentales: la salud y la seguridad de los habitantes, según del caso. Este es uno de los errores, entre los otros ya indicados, en los que el asambleísta incurre al tipificar las infracciones penales contra la tutela judicial efectiva y que ameritan las reformas correspondientes.

3.2. Tratamiento jurídico de los delitos sexuales en Ecuador

Desde la época republicana, en Ecuador se han promulgado seis Códigos Penales, a saber: en 1837, 1871, 1889, 1906, 1938⁶⁸⁷ y 2014; un recorrido por los mismos permitirá comprender cuál ha sido el tratamiento que se ha dado a los delitos de

COIP, art. 179: “Revelación de secreto.- La persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año”.

⁶⁸⁷ Codificado tres veces: en 1953, 1960 y 1971.

naturaleza sexual a través del tiempo y cual su evolución en la legislación penal ecuatoriana.

Esto sin perder de vista que, por un lado, para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico;⁶⁸⁸ y, por otro, como sostiene Soler, la “determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley [...] y el título que el legislador emplea para la agrupación de los delitos según el bien jurídico protegido es importante, pues si bien no constituye una norma en sí mismo tampoco puede entenderse como un simple enunciado, parte de una técnica clasificatoria”.⁶⁸⁹

Con todo, el bien jurídico es el punto de partida de la formación del tipo penal. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que las normas penales, que tipifican un delito y prescriben una sanción, protegen uno o más bienes jurídicos establecidos por el legislador sobre la base de una escala de valores que responde a la conciencia ética y al clima cultural predominante en una sociedad y en un momento histórico determinados.

En el caso de los delitos de naturaleza sexual, el contenido valorativo del bien jurídico protegido ha estado influenciado por consideraciones y condicionamientos de distinta naturaleza: social, cultural, política y religiosa; lo cual se refleja, además, en el título que el legislador empleó para agruparlos.

Conforme se pasa a analizar, los primeros códigos penales de Ecuador -fieles al pensamiento socio jurídico de la época-, lejos de tutelar la integridad personal, física, psicológica y sexual de las víctimas, tutelaban, en su caso, la “moralidad pública”, el “orden de las familias”, el pudor y hasta el honor del marido o padre de las víctimas, los que en estricto derecho no constituyen bienes jurídicos al no ser intereses o valores vitales para la vida social. Y si bien el Código Penal de 1938 introduce la denominación de “delitos sexuales”, en el marco de un cambio de enfoque doctrinario de la penalidad en su conjunto, en éste y al igual que en sus posteriores reformas, se conservaron diversas normas discriminatorias y misóginas que justificaban, incluso, matar, herir o golpear a una mujer por atentar contra el honor del marido, lo cual fue eliminado en

⁶⁸⁸ Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G, Estudios doctrinales, N° 7, 1989, 1ª reimpresión, p. 56.

⁶⁸⁹ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, p. 12.

2005, o que declaraban exento de penalidad el rapto de una adolescente si el infractor contraía matrimonio con ella, disposición que permaneció hasta antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, en 2014. A continuación una reseña de esta evolución socio jurídica:

El **Código Penal de 1837**,⁶⁹⁰ dentro del Título *De los delitos contra la moral pública*, incorporaba un capítulo denominado *De los rufianes y de los que corrompen jóvenes* (arts. 294 a 298) en el cual se sancionaba con reclusión de uno a dos años a la persona que recibiere en su casa a mujeres “para que allí abusen de sus cuerpos”; si lo hacía de forma habitual sufriría el doble de la pena. Se sancionaba también al que prostituyere a “su mujer” o consintiere en ello, siendo declarado infame⁶⁹¹ y condenado a obras públicas de cuatro a ocho años; la misma pena recibía el que prostituyere o corrompiere a “jóvenes” de uno u otro sexo menores de 18 años de edad. Recibía la indicada pena con inhabilitación perpetua para ejercer estos cargos si el que contribuyere a estos últimos actos fuere tutor, curador, pariente, ayos, maestros, capellanes, directores, jefes o encargados de los establecimientos de enseñanza, caridad, corrección o beneficencia en que los “jóvenes” se hallaren. El que prostituyere o corrompiere o contribuyere a la corrupción de sus hijos o nietos de uno u otro sexo menores de 18 años, perdía toda la autoridad legal sobre las personas y bienes de dichos “jóvenes”, además sería declarado infame y reducido a reclusión de cuatro a ocho años.

Adicionalmente, en el Título *De los delitos contra las personas*, se establece un capítulo designado *Del adulterio, rapto, seducción y estupro* (arts. 486 a 488). En relación al primer tipo penal, la mujer casada que cometiere adulterio perdía las gananciales y todos los demás derechos de la sociedad conyugal y era condenada a prisión de dos a seis años; por su parte, el “cómplice” era castigado con igual pena de prisión y, luego de cumplida la misma, desterrado del lugar del domicilio de los

⁶⁹⁰ Sancionado el 17 de abril de 1837, por el Presidente de la República Vicente Rocafuerte. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

⁶⁹¹ En el catálogo de penas del Código Penal de 1837, la infamia no está prevista como una pena; sin embargo, según este Código, constituye una declaración legal al culpado en ciertos delitos que, conforme al art. 48 del mismo, acarrea, hasta obtener rehabilitación, la pérdida de todos los derechos de ciudadanos del reo, quien no podrá ser acusador sino en causa propia y declarar en juicio, sino para dar simples noticias, ni ser perito, ni jurado, ni albacea, ni tutor, ni curador, sino de sus descendientes en línea recta y con acuerdo de la familia, ni árbitro, “ni ejercer el cargo de hombre bueno”, ni servir en el ejército ni armada, ni en la milicia nacional ni tener empleo, comisión, oficio ni cargo público.

cónyuges y cincuenta leguas en contorno, “durante la vida del marido”. Sin embargo el marido podría suspender los efectos de estas penas de prisión perdonando a la “adúltera”, aunque su “cómplice” cumpliría la pena de destierro en los términos indicados. Como se observa, el sujeto activo del delito de adulterio era tan sólo la mujer casada; si el hombre casado cometía el mismo acto, no constituía delito, evidenciándose una clara discriminación en el tratamiento a la mujer. Es preciso señalar que el delito de adulterio fue derogado por el artículo final del Código de Procedimiento Penal de 1983.⁶⁹²

El rapto por seducción (arts. 491 a 494) se configura cuando sin fuerza ni violencia, sino por seducción o halagos un hombre (el código utiliza el vocablo “los que”) se robare alguna “joven menor de edad”, que se halle bajo la patria potestad o bajo el cuidado y dirección de otra persona, consintiéndolo la menor. Si la menor fuere de 16 años era condenado a obras públicas por cuatro a ocho años; si fuere mayor a 16 y menor de 21 años, sería sancionado con cuatro a ocho años de prisión, en ambos casos los reos, después de cumplida la condena, eran desterrados del lugar donde residían las menores por un tiempo igual al de la condena. Si el robo fuere de mujer casada y con su consentimiento, tanto la mujer como el raptor serían condenados con cuatro a seis años de reclusión.

Con relación al estupro (arts. 495 a 497), este código establece que “Los que fueren convencidos de haber violado la virginidad (sic) de alguna mujer, sin fuerza ni violencia, sino por seducción o halagos” serán desterrados por dos a cinco años del domicilio del “agraviado”⁶⁹³ y cincuenta leguas en contorno o condenados a pagar una multa desde cincuenta hasta dos mil pesos, “atendidas las circunstancias del violador” y a criterio del juez. Si la persona violada no había llegado a la edad de la pubertad la pena para el infractor era de diez años de presidio y, cumplida esta condena, de diez años de destierro del lugar del domicilio de la primera y cincuenta leguas en contorno. Nótese que la pena podía ser incluso de multa si la víctima era mayor de la edad de la pubertad.

⁶⁹² Publicado en el Registro Oficial N° 511, de 10 de junio de 1983.

⁶⁹³ El texto de la norma no dice agraviada, por lo que podría tratarse de un error tipográfico o seguramente referirse al padre o hermano de la mujer que perdió “la virginidad”; quienes, en esa época, serían considerados los agraviados por este tipo de infracción, más no precisamente la víctima mujer.

Es preciso señalar que la redacción de la parte inicial de este tipo penal plantea que la mujer convenció al infractor de violar su virginidad, lo cual evidencia un rezago del Derecho Penal medioeval que, bajo la falsa premisa de la inferioridad de la mujer y su “natural” inclinación al mal, pregonaba su peligrosidad y potencial participación en los delitos;⁶⁹⁴ además, muestra el prejuicio social existente en esa época (y que desafortunadamente sigue vigente aún en la actualidad) en relación a que la víctima de este tipo de delitos es “provocadora” o hasta “culpable” del mismo.

Por otra parte, a pesar de que el estupro consiste en la violación de la virginidad de una mujer “sin fuerza ni violencia”, éste podría perpetrarse con fuerza y violencia; lo cual se colige del texto del art. 496.1 que establecía que “Si por efecto de la violación resultare daño o enfermedad incurable a la persona violada [...] y si resultare la muerte [...]”; conducta ésta que era sancionada con mayor severidad: en el primer supuesto (daño o enfermedad incurable) con diez años de obras públicas y, cumplida la condena, destierro por igual tiempo; y, en el segundo caso (muerte) con las penas establecidas para el delito de homicidio, las que varían dependiendo de las circunstancias de la infracción, siendo la mayor la pena de muerte.

Es decir, lo que actualmente en la legislación penal ecuatoriana se configura como una de las circunstancias constitutivas del delito de violación, en el Código Penal de 1837 era una agravante del delito de estupro.

Otro aspecto importante a tomar en cuenta en este tipo penal es que, en los tres artículos que lo regulan, la legislatura de esa época utiliza los vocablos: “violado”, “violador”, “violaren”, “violación”, “persona violada” y “violadores”; consecuentemente, siguiendo el tenor literal del tipo, en el Código Penal de 1837 el estupro equivalía a violación de la virginidad de una mujer y podía cometerse sin fuerza ni violencia (sino por seducción o halagos) o con fuerza y violencia, siendo este último caso castigado con penas agravadas. De lo que se colige que, para probar el

⁶⁹⁴ Entre otras razones por un defecto en la formación de la primera mujer al haber sido creada de una costilla curva, concretamente de una costilla del pecho; falla que convierte a la mujer en un “animal imperfecto” que siempre engaña. Sobre el tema léase la obra titulada “*El martillo de las brujas*” escrita en el año 1486 por los dominicos e inquisidores Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger. Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger, *Malleus Maleficarum*, ediciones Orión, traducción de Floreal Maza, s/f., en http://www.reflexionesmarginales.com/biblioteca/Malleus_Maleficarum.pdf.

cometimiento de este delito, fuese necesario comprobar la virginidad de la mujer y la forma como dicha virginidad fue violada.

Cabe indicar que por disposición del art. 495.2 de este Código, los reos de estupro (léase violación) estaban exentos de penalidad siempre, que, previas las debidas formalidades, “contrajeran matrimonio con la agraviada”; lo cual da cuenta, por un lado, del trato instrumental que en esa época se daba a las mujeres y, por otro, que el “bien jurídico” protegido en los delitos de naturaleza sexual era la “honestidad” o la “honra” de la víctima y la honra de su familia, sobre todo de las figuras masculinas de la familia, tanto así que con el matrimonio se subsanaba el cometimiento de este delito. Al respecto, Adela Asúa, haciendo referencia a la regulación penal histórica de los delitos sexuales en la legislación española y del estupro específicamente, señala que la “cosificación” de la honestidad de la mujer, “cuya honra parecía constreñirse a la intangibilidad genital frente a la penetración, constituye el correlato expresivo de las adscripciones de género”.⁶⁹⁵ Aún más, esta “cosificación” no solo se reducía a su honestidad sino que trascendía a ella como ser humano, puesto que el hecho de que le fuera arrebatada la “honra” significaba un ultraje al marido si estaba casada o al padre y a la familia que la tutelaba si era soltera, más no un ultraje a ella misma como ser humano.

Por su parte, el **Código Penal de 1871**,⁶⁹⁶ dentro del Título *De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública*, establece un capítulo titulado *Del rapto de los menores* (arts. 390 a 393), en el cual se dispone que si el raptor se hubiere casado con la niña raptada no podía ser perseguido sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio, manteniendo el sesgo del código penal anterior en cuanto a declarar exento de penalidad el hecho de que el infractor

⁶⁹⁵ Adela Asúa, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda, Ana Rubio, coords., *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, p. 137.

⁶⁹⁶ Sancionado el 3 de noviembre de 1871, por el Presidente de la República Gabriel García Moreno; empezó a regir desde el 1 de noviembre de 1872, conforme lo dispuso el Presidente García Moreno mediante Decreto de 19 de agosto de 1872, una vez que fue editado por la Corte Suprema, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 608 del mismo Código. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

contraiga matrimonio con la agraviada. Esta disposición se mantuvo hasta antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, el 10 de febrero de 2014.

Otro capítulo dentro de este título es el denominado *Del atentado contra el pudor y de la violación* (arts. 394 a 406), en el cual se incorpora el atentado contra el pudor como tipo penal aunque no se establece en qué consiste, puesto que el texto correspondiente se limita a señalar que todo atentado contra el pudor, “cometido sin violencia ni amenazas, en la persona o con la ayuda de la persona de otro sexo menor de 14 años”, será castigado con prisión de uno a cinco años; la pena será de reclusión de tres a seis años si el “niño” fuere menor de 11 años. Si el atentado contra el pudor es cometido con violencias o amenazas será castigado con reclusión de tres a seis años; si ha sido cometido en una persona menor de 14 años será sancionado con penitenciaría de cuatro a ocho años y si ha sido cometido en persona menor de 11 años, con penitenciaría de ocho a doce años (arts. 394, 396 y 397).

Cabe indicar que, entre los artículos del atentado contra el pudor, este código establece que los que violaren la virginidad de una mujer mayor de 14 y menor de 21 años, sin fuerza ni violencia sino por seducción y halago, serán castigados con seis meses a tres años de prisión (art.395). Es decir, se señalan las mismas circunstancias constitutivas del delito de estupro del Código Penal de 1837, pero sin referirse a él como tal, por lo que puede afirmarse que en el Código Penal de 1871 la figura del estupro se la subsume en el tipo penal de atentado contra el pudor.

Otra novedad de este código es que incorpora por primera vez el delito de violación al establecer que será castigada con penitenciaría de cuatro a ocho años “toda persona que hubiere cometido el crimen⁶⁹⁷ de violación, sea por medio de violencia o amenazas graves, sea por ardid, sea abusando de una persona de otro sexo que, por efecto de una enfermedad, por la alteración de sus facultades ó por cualquiera otra causa accidental, hubiese perdido el uso de sus sentidos, ó hubiere sido privada de él por algún artificio”. Si la violación fue cometida en persona menor de 14 años, era castigada con

⁶⁹⁷ A diferencia del Código de 1837 que sólo establecía delitos, el Código de 1871 en su art. 1 establecía tres tipos de infracciones penales: crímenes, delitos y contravenciones; los primeros castigados con pena criminal, los segundos con pena correccional y las terceras con penas de policía. Las penas aplicables en materia criminal eran la muerte, la penitenciaría y la reclusión, a más de otras comunes a crímenes y delitos o comunes a todas las infracciones, según el art. 12.

pena de ocho a doce años de penitenciaría; y si fue cometida en menor de 11 años, con penitenciaría extraordinaria⁶⁹⁸ (art. 398). Constituían circunstancias agravantes del crimen si quien lo cometía era ascendiente de la persona violentada, tenía autoridad sobre ella, si eran sus institutores o sirvientes o sirvientes de las personas antes indicadas, funcionarios públicos o ministros del culto, médicos, cirujanos, comadronas o practicantes en personas confiadas a su cuidado (art. 399). Si la violación causaba la muerte de la persona en quien fue cometida, el culpable era castigado con pena de muerte (art. 400).

Dentro de este capítulo también se sancionaba la sodomía con penas de cuatro a ocho años, de ocho a doce años y con penitenciaría extraordinaria, según se la cometa sin violencia o amenazas, cuando intervengan una de estas circunstancias o si la víctima fuese menor de edad, respectivamente.

Se sanciona además el “crimen de bestialidad” con penitenciaría extraordinaria; y, el concubinato, con prisión de seis meses a dos años, si el amancebado o amancebada fuere casado o casada eran castigados con prisión de uno a cinco años, sin perjuicio, en el caso de mujer casada, de la pena que se le imponga por adúltera. Cabe indicar que el concubinato fue derogado en 1978.⁶⁹⁹

Se incorpora también un capítulo denominado *De la prostitución o corrupción de la juventud, y de los rufianes* (arts. 407 a 412) con los mismos elementos constitutivos que los previstos para estas infracciones en el Código Penal de 1837, pero con penas más altas. En el caso del delito de adulterio baja el techo y sube la base de la pena de prisión, puesto que se establecen en escala de tres a cinco años.

Por otra parte, el Código Penal de 1871 incorporó dos disposiciones que amerita analizar: los arts. 24 y 30. El art. 24 de este código establecía que no había infracción alguna “cuando uno de los esposos mata, hiere ó golpea al otro o al cómplice, en el instante de sorprenderlos en adulterio infraganti, ó cuando una mujer comete los mismos actos, en defensa de su pudor, gravemente amenazado”. Cabe indicar que, al igual que el Código Penal de 1837, el Código de 1871 reprimía el adulterio de la mujer casada más

⁶⁹⁸ Según este Código las penas de penitenciaría son: ordinarias, que van de cuatro a ocho y de ocho a doce años; y, extraordinarias, por el tiempo fijo de dieciséis años.

⁶⁹⁹ Derogado por el art. 20 del Decreto Supremo N° 2636, publicado en el Registro Oficial N° 621, de 4 de julio de 1978.

no el del hombre casado. Siendo así, la primera parte del art. 24, aunque pretendía estar redactado para “favorecer” al esposo y a la esposa, claramente justificaba que el esposo mate, hiera o golpee a su esposa por “traicionarlo” con otro hombre y atentar contra su honor. En la misma línea, la segunda parte de este artículo, tomando en cuenta el contexto y el orden de la redacción, lejos de ser una reivindicación de los derechos de las víctimas de delitos sexuales (cuando su “pudor” estaba “gravemente amenazado”) pretendía también reparar el honor de los supuestos “agraviados”: el marido, si la mujer era casada; y, el padre o familia, si era soltera.

El texto del art. 24, que luego pasó a ser el art. 22, se mantuvo hasta antes del 23 de junio de 2005 cuando se lo sustituyó⁷⁰⁰ por otro que disponía: “Tampoco hay infracción alguna cuando una persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación”; es decir, la sustitución estableció como eximente de responsabilidad a la legítima defensa ejercida por las víctimas de estos delitos de naturaleza sexual al momento de la agresión, con lo cual se dejaba en el pasado la absurda norma discriminatoria y misógina antes señalada y se la sustituía por otra que tomaba en cuenta la violenta realidad que enfrentan las víctimas de delitos sexuales cuando sus derechos son vulnerados con el cometimiento de este tipo de actos antijurídicos. Tómese en cuenta que, como se señaló en líneas anteriores, el adulterio como delito fue derogado en 1983,⁷⁰¹ sin embargo, la disposición del art. 22 se mantuvo haciendo referencia al adulterio hasta 2005.

Paralelamente, el art 30 del Código Penal de 1871 disponía que “[...] es excusable la infracción que cometa **uno** al sorprender en acto carnal a su hija, nieta o hermana; ora mate, hiera, o golpee a la **delincuente**, ora al hombre que yace con ella” (las negritas no son del texto). De la sola lectura de esta norma se evidencia: primero, que con el uso del pronombre indefinido personal “uno” el emisor, en este caso el legislador (hombre, porque en la época no habían mujeres legisladoras), se presenta a sí mismo y a los de su género; y, segundo, que fue redactada para subsanar el posible cometimiento del acto de matar, herir o golpear a una mujer por parte de un hombre,

⁷⁰⁰ El citado art. 22 fue sustituido por el art. 1 de la Ley N° 2005-2, publicada en el Registro Oficial N° 45, de 23 de junio de 2005 con el tenor que se indica.

⁷⁰¹ El artículo final del Código de Procedimiento Penal de 1983, publicado en el Registro Oficial N° 511, de 10 de junio de 1983, derogó los artículos del Código Penal de la época que sancionaban el adulterio.

como si fuera un acto potencial de éste que requería de una excusa legal expresa. Es decir, hace relación explícita a la autoridad masculina ya sea de un padre, abuelo o hermano, autoridad que lo habilita a matar, herir o golpear a una mujer al ser sorprendida teniendo relaciones sexuales con un hombre, acto que se consideraba un delito. Se trata entonces de una norma con un claro contenido patriarcal, discriminatorio y reprobatorio de los derechos sexuales de las mujeres. El sentido absurdo de la norma se comprueba aún más cuando de su tenor literal se interpreta que, incluso, cuando un padre, abuelo o hermano sorprende a su hija, nieta o hermana, según el caso, teniendo relaciones sexuales con su marido, puede matarla, hierla o golpearla a ella y a su marido.

Estos “detalles” llevaron al legislador de 1938 a reformar este artículo en el siguiente sentido: “Art. 27.- Asimismo es excusable la infracción que comete **una persona** al sorprender en acto carnal **ilegítimo** a su hija, nieta o hermana; ora mate, hiera, o golpee a la **culpable**, ora al hombre que yace con ella” (las negritas no son del texto). Habilitando también, en un acto de “democracia”, a la madre, abuela o hermana a cometer estos actos execrables contra la hija, nieta o hermana (sólo mujeres) siempre que el acto carnal sea ilegítimo. ¿Qué acto carnal era ilegítimo? Para la época se entendía por tal el realizado fuera del matrimonio, habida cuenta que el adulterio era delito; e, incluía, las relaciones sexuales antes del matrimonio entre enamorados o novios, en una clara represión al ejercicio de la sexualidad de hijas, nietas o hermanas. El acto carnal ilegítimo incluía también el perpetrado por el padre, abuelo o hermano en la persona de la hija, nieta o hermana, si eran sorprendidos perpetrando el mismo por parte de la madre, abuela o hermana, según el caso; es decir comprendía los actos carnales incestuosos. Pero, de ser así, ¿qué “culpabilidad” tenía la víctima en el hecho ilícito para que la ley justifique que se la mate, hiera o golpee? Es decir, esta norma colocaba en la posición de infractor penal tanto al victimario como a la víctima.

Por toda la carga discriminatoria, misógina y violatoria de derechos, aunque tarde, este artículo fue declarado inconstitucional por resolución del Tribunal de

Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1989,⁷⁰² y derogado expresamente el 21 de julio de 1998,⁷⁰³ mucho más de un siglo después.

El **Código Penal de 1889**⁷⁰⁴ mantiene los tipos penales y las penas del Código Penal de 1871, reunidos dentro del Título *De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública*; sólo cambian los nombres de las penas de privación de libertad, así: las penas que en el anterior código se llamaban de penitenciaría en este código se las llama de reclusión mayor y las de reclusión pasan a ser de reclusión menor, siendo la pena más alta la de reclusión mayor extraordinaria, equivalente a dieciseis años de prisión.

El **Código Penal de 1906**,⁷⁰⁵ en el Libro VIII *De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*, dentro de los capítulos titulados *Del rapto de los menores* (arts. 353 a 356), *Del atentado contra el pudor y de la violación* (arts. 357 a 369), *De la prostitución o corrupción de la juventud y de los rufianes* (arts. 370 a 375) y *Del adulterio* (arts. 378 a 380) mantiene los mismos tipos penales y las mismas sanciones establecidas en el Código Penal de 1889, con la diferencia de que en el estupro (que a partir del Código Penal de 1871 ya no se lo identifica con este nombre pero que en el Código Penal de 1906 se lo ubica después del delito de violación) se aumenta un párrafo para especificar las penas en el caso de que la “menor violada por halagos o seducción” fuere menor de 14 años o menor de 11 años estableciendo para el primer caso la pena de dos a cinco años de prisión y, para el segundo, la pena de reclusión menor de tres a seis años (art. 361).

Por otra parte, como en este código se eliminó del catálogo de penas la pena de muerte, en el caso de violación con muerte la pena establecida era de reclusión mayor extraordinaria de dieciseis años.

Un aspecto importante de mencionar, es que el art. 232 de este código, en el Libro V *De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios*

⁷⁰² Resolución publicada en el Registro Oficial N° 224, de 3 de julio de 1989.

⁷⁰³ Por el art. 1 de la Ley N° 105, publicada en el Registro Oficial N° 365, de 21 de julio de 1998.

⁷⁰⁴ Sancionado el 4 de enero de 1889, por el Presidente de la República Antonio Flores Jijón. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

⁷⁰⁵ Sancionado el 18 de abril de 1906, por el encargado del mando supremo de la República Eloy Alfaro Delgado. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

en el ejercicio de sus funciones, establece que “El empleado público que solicitare a una mujer que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con prisión de uno a tres meses”; este tipo penal, conocido en su tiempo como “solicitud”, es el antecedente más remoto de lo que en la actualidad se conoce como acoso sexual, y buscaba sancionar al funcionario público que, prevalido de su posición en la administración pública, solicitaba a una mujer tener relaciones sexuales para obtener un resultado o servicio que en razón de su cargo estaba obligado a brindar.

En el **Código Penal de 1938**⁷⁰⁶ se evidencian algunos cambios en el enfoque doctrinario⁷⁰⁷ y una mejor técnica legislativa en comparación con los códigos anteriores. En este código se utiliza por primera vez el término “delitos sexuales”. El Título VIII del Libro II, bajo la denominación *De los delitos sexuales* (arts. 479 a 507), regula en diferentes capítulos al adulterio, el atentado contra el pudor, la violación y el estupro, la corrupción de menores, la rufianería y los ultrajes públicos a las buenas costumbres, y el rapto.

A diferencia de los anteriores códigos penales, este código define el atentado contra el pudor como todo acto impúdico ofensivo que se ejecuta en la persona de otro, sea cual fuere su sexo, sin llegar a la cópula carnal; y hace una graduación de penas según si éste fue cometido con o sin violencia y amenazas y si, según el caso, la víctima es menor de 14 o de 12 años de edad (arts. 481 a 483).

El estupro lo tipifica de forma autónoma a la violación y lo define como la “cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento” (art. 485). Lo cual da la pauta de que el “bien jurídico” que protege este delito es la honestidad, por lo que, según el criterio de la época, no serían sujetos pasivos del mismo las “prostitutas” o trabajadoras sexuales, cómo se las reconoce en la actualidad.

La violación la redefine como “acceso carnal con persona de uno u otro sexo”, la cual se configura cuando: 1. la víctima fuere menor de 12 años; 2. se hallare privada de

⁷⁰⁶ Sancionado el 22 de marzo de 1938, por el Jefe Supremo de la República Gral. Alberto Enríquez Gallo. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

⁷⁰⁷ Se introduce la legalidad de los delitos y de las penas (art. 2), el dolo y la culpa (art. 14), la responsabilidad penal sobre la base de la conciencia y voluntad en el cometimiento del acto punible (art. 32), entre otros postulados de las escuelas penales que predominaban en la época.

la razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por otra causa no pudiera resistir; o, 3. cuando se usare de fuerza o intimidación (art. 487); siendo sancionada con reclusión mayor de ocho a doce años en el primer caso, y con reclusión mayor de cuatro a ocho años, en el segundo y tercer caso. Nótese que los códigos penales de 1871, 1889 y 1906, sancionaban la violación en persona menor de 11 años de edad con reclusión mayor extraordinaria de dieciséis años y este código la sanciona con reclusión mayor de ocho a doce años si la víctima fuere menor de 12 años de edad, es decir, reduce la pena aunque sube un año a la edad de la víctima, reducción que no se explica por cuanto no se evidencia que en este Código cambian las penas de otros delitos.

Otro cambio que se verifica en este código es en lo relativo al delito de sodomía que pasa a llamarse homosexualismo y que es sancionado en el art. 491 de tres formas y en tres circunstancias diferentes. El primer inciso establece que, en los casos de homosexualismo que no constituyan violación, los dos correos (cómplices) serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años. El segundo inciso sanciona con pena de reclusión mayor de ocho a doce años y la pérdida de derechos civiles sobre la persona y bienes de la víctima si quien lo cometiere es padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente. El tercer inciso reprime con pena de reclusión mayor de ocho a doce años si el delito es cometido por ministros de culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado. Como se desprende de su sola lectura, el primer inciso de este artículo (que con el transcurso del tiempo pasó a ser el art. 516) evidencia la clara intención del legislador de perseguir y castigar a las personas homosexuales por su orientación sexual, violando sus derechos humanos; es por esta razón que, en 1997 (casi seis décadas después), fue declarado inconstitucional por resolución del Tribunal Constitucional.⁷⁰⁸

El Código de 1938 fue objeto de **tres codificaciones**:⁷⁰⁹ en 1953,⁷¹⁰ en 1960⁷¹¹ y en 1971;⁷¹² en las dos primeras codificaciones se mantiene la misma numeración (arts.

⁷⁰⁸ Resolución del Tribunal Constitucional N° 106, publicada en el Registro Oficial N° 203, suplemento, de 27 de noviembre de 1997.

⁷⁰⁹ Entendiendo por codificación la agrupación organizada y numerada de todas las normas y reformas normativas posteriores que fueron emitidas sobre materia sustantiva penal.

⁷¹⁰ Codificación publicada en el Registro Oficial N° 352, de 29 de octubre de 1953. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Función Legislativa. Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

479 a 507), los mismos títulos y los mismos capítulos relativos a los delitos sexuales; en cambio en la codificación de 1971 si bien se mantienen los mismos títulos y los mismos capítulos varía la numeración (arts. 503 a 532), además, el estupro y el rapto ya no se sancionan si son cometidos en la persona de una mujer menor de 21 años sino sólo si se cometen en una mujer menor de 18 años⁷¹³ y, en caso de violación con muerte, baja la pena, ya que en los códigos anteriores era de reclusión mayor extraordinaria de dieciséis años y en éste se la establece en reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

La codificación de 1971 fue objeto de varias reformas posteriores, destacándose, para efectos del tema en estudio, las reformas de 21 de julio de 1998 y de 23 de junio de 2005 mediante las cuales se amplía, reforma o tipifica algunas conductas prohibidas de naturaleza sexual.

Las **reformas de 21 de julio de 1998**⁷¹⁴ respondieron a las demandas “cada vez más urgentes” de las mujeres por cambios en el Código Penal que reivindiquen sus derechos, y a la necesidad de “dar un cambio sustancial a las viejas y caducas instituciones del Código Penal, para introducir nuevas figuras delictivas y conductas típicas que siendo parte de la realidad de la sociedad ecuatoriana, no son sancionadas, derivándose de ello la impunidad”, conforme se puntualiza en sus Considerandos.

Mediante estas reformas se deroga el art. 27 antes comentado, que excusaba matar, herir o golpear a una mujer si era sorprendida en “acto carnal ilegítimo”, aunque nada se dice del art. 22 cuyo texto se mantiene. Se tipifica el acoso sexual como delito, castigándose la solicitud de “favores de naturaleza sexual para sí y para un tercero prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que puede tener en el ámbito de dicha relación”; conducta que se sanciona con prisión de 6 meses a 2 años.

⁷¹¹ Codificación publicada en el Registro Oficial N° 1202, de 20 de agosto de 1960. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Función Legislativa. Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

⁷¹² Codificación publicada en el Registro Oficial N° 147, suplemento, de 22 de enero de 1971. Ejemplar facilitado por el Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2014.

⁷¹³ Este cambio se produciría en concordancia con las reformas introducidas en la codificación del Código Civil publicada en el Registro Oficial N° 104, suplemento, de 20 de noviembre de 1979, que establece la mayoría de edad a los 18 años; es decir, sólo se protege a las víctimas con minoría de edad, esto es, menores de 18 años.

⁷¹⁴ Incorporadas mediante Ley N° 105, publicada en el Registro Oficial N° 365, de 21 de julio de 1998.

Se amplía el tipo penal de violación al acceso carnal “con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal”; se aumenta la protección a las víctimas en los supuestos de este delito, así: para que se configure el mismo se establece que la víctima fuere menor de 14 años (antes debía ser menor 12 años); y que se haga uso de violencia, amenaza o de intimidación (antes era fuerza o intimidación). Se aplican las mismas penas del delito de violación a los casos de agresión sexual consistente en la “introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal”.

Se agravan las penas del atentado contra el pudor, violación y estupro si éstos fueren cometidos por ascendientes, descendientes, hermanos o afines en línea recta de las víctimas, funcionarios públicos o ministros del culto, profesionales de la salud y personal responsable de la atención y cuidado del paciente.

Se cambia el nombre del Capítulo III del Título “De los delitos sexuales”, por el de “De los delitos de proxenetismo y corrupción de menores” dejando insubsistente todo lo antes regulado en cuanto al “ultraje público a las buenas costumbres”. Dentro de este capítulo es destacable que se sanciona con penas agravadas de seis a nueve años de reclusión menor extraordinaria la promoción o facilitación de la prostitución de las menores de 14 años de edad, o si se empleare violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio coercitivo, o si la víctima se encuentre en situación de abandono o de extrema necesidad, o si la víctima se encontrare por cualquier causa privada de la capacidad de prestar su consentimiento. También se sanciona con penas agravadas de tres a seis años de reclusión menor ordinaria a la explotación de la ganancia obtenida por el ejercicio de la prostitución, si la víctima fuese menor de 14 años o descendiente, hija adoptiva, hija de su cónyuge o de su conviviente o estuviese bajo su cuidado.

Además, todas las circunstancias antes indicadas se consideran agravantes en la conducta de promoción o facilitación de la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de personas para la prostitución; delito que, en tales circunstancias agravantes, es sancionado con penas de tres a seis años de reclusión menor ordinaria. Al examinar el texto de este artículo saltan a la vista los primeros antecedentes del tipo penal de trata de personas para fines de explotación sexual.

Adicionalmente, se sanciona con pena de uno a tres años de prisión la exposición, venta o entrega, a menores de 14 años, de objetos, libros, escritos, imágenes

visuales o auditivas obscenas, “que puedan afectar gravemente el pudor o excitar o pervertir su instinto sexual”; y la incitación a menores de 14 años a la práctica de actos obscenos o la facilitación de su entrada a los prostíbulos u otros centros de corrupción.

Es decir, las reformas penales de 1998, constituyeron un avance en cuanto a la protección de niños, niñas y adolescentes frente a diversas conductas de naturaleza sexual, conductas que antes de estas reformas no eran sancionadas. Constituyeron además un avance porque evidencian una protección a la libertad sexual de las víctimas de delitos sexuales y ya no de su “honestidad”, como en códigos anteriores.

Las **reformas de 23 de junio de 2005**⁷¹⁵ surgen de la necesidad de “incorporar al Código Penal, reformas destinadas a garantizar una adecuada tipificación de los delitos que tienen relación con la explotación sexual de los menores de edad”,⁷¹⁶ así como de ampliar el espectro sancionatorio de algunas conductas prohibidas de naturaleza sexual que en ese momento causaban, y aún hoy causan, alarma social.⁷¹⁷

Conforme al objetivo principal de estas reformas penales, se tipificó como delito la trata de personas, sancionada con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años, siempre que no constituyera explotación sexual, y con penas de nueve a doce años de reclusión si la víctima era persona menor de 18 años de edad, o de doce a dieciséis años si concurrían circunstancias agravantes.

Se derogaron los artículos que tipificaban y sancionaban el atentado contra el pudor y en su lugar se incorporó un artículo que reprimía con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años a quien someta a una persona menor de 18 años de edad o con

⁷¹⁵ Incorporadas mediante Ley N° 2005-2, denominada *Ley Reformativa al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad*, publicada en el Registro Oficial N° 45, de 23 de junio de 2005.

⁷¹⁶ Considerando tercero de la *Ley Reformativa al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad*.

⁷¹⁷ Además, fue el momento que el legislador encontró propicio para sustituir finalmente el art. 22 del Código Penal estableciendo que “tampoco hay infracción alguna cuando la persona mata o causa lesiones a otra en el momento de ser víctima de un delito de abuso sexual o violación”; con lo cual se superaba el rezago sexista y discriminatorio de la anterior disposición que permitía a uno de los cónyuges matar o lesionar al otro como respuesta al adulterio, y estableciendo, en su lugar, la legítima posibilidad de las víctimas de resistir una agresión sexual sin ser penalizadas.

discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.⁷¹⁸

Se ampliaron los elementos de la descripción típica del acoso sexual, a más de los ya previstos, a prevalerse de una situación de superioridad religiosa o del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole; y, al anuncio de causar un mal, a más de a la víctima, a la familia de ésta. Se estableció como una modalidad del tipo penal de acoso sexual el solicitar favores o realizar insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona y que no se hallen previstos en los elementos del tipo; modalidad reprimida con pena de prisión de tres meses a un año. Además, se puntualizó que las sanciones establecidas incluían necesariamente la prohibición permanente al infractor de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima; y que, si el acoso sexual se cometiere en personas menores de 18 años de edad, sería sancionado con prisión de dos a cuatro años, es decir, el doble de la máxima pena establecida para estos delitos (dos años).

Se derogó el artículo que establecía sanción para el estupro cometido en mujer menor de 14 y mayor de 12 años de edad, subsumiéndolo en el tipo penal de violación.

Se amplió el tipo penal de violación a la introducción por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril. Además, para este delito se aumentaron las penas de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años por

⁷¹⁸ Esto generó confusión y malestar en el movimiento en defensa de mujeres, niños, niñas y adolescentes por cuanto se consideraba que el atentado contra el pudor había sido derogado, ya que el artículo incorporado no nombraba al tipo penal y además era incompleto. Al respecto, mediante ley interpretativa N° 2006-53, publicada en el Registro Oficial N° 350, suplemento, de 6 de septiembre de 2006, el entonces Congreso Nacional interpretó que: “Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio del 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia”. Las palabras “somete”; y, “obligarla”, que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo”. Posteriormente, mediante sentencia N° 005-11-SCN-CC, de 3 de marzo de 2011, en atención a la consulta de constitucionalidad de este artículo del Código Penal, la Corte Constitucional para el Período de Transición declaró su constitucionalidad “puesto que existe la debida proporción entre la infracción y la pena tipificada en dicha norma [...]”.

reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años,⁷¹⁹ cuando la víctima fuere menor de 14 años; y, de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años por reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en dos circunstancias: cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación. Sin embargo, si se produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicaría la pena de doce a dieciséis años; y si se produjere la muerte la pena sería de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Parte central de las reformas penales de 2005, fue la tipificación de los delitos de explotación sexual, entre los que se incluyeron los siguientes tipos penales: - la pornografía infantil, sancionada con pena de seis hasta veinticinco años de reclusión mayor extraordinaria, según las circunstancias de la infracción, la víctima y el victimario; - la utilización de personas mayores de 18 años de edad (con violencia, amenaza, intimidación o engaño) en espectáculos sexuales, conducta sancionada con pena de cuatro a ocho años; - el turismo sexual (organizar, ofrecer o promover actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual), sancionado con pena de seis hasta doce años según sean las circunstancias, víctimas y victimarios, sancionándose también y por primera vez, con pena de ocho a doce años, a quien adquiera o contrate estas actividades turísticas con personas menores de 18 años de edad, es decir al cliente; y, - la trata con fines de explotación sexual, sancionada con pena de ocho a doce años de reclusión, aplicándose la pena de doce años si la víctima era menor de 18 años de edad y la pena de doce a dieciséis años ante circunstancias agravantes. La tipificación de estos delitos fue una respuesta del legislativo ante la preocupación de organizaciones sociales y de la sociedad en general por la proliferación de diversas formas de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, en el país.

Las reformas también establecen que para los delitos sexuales (al igual que para la trata de personas) no se considerarían circunstancias *atenuantes*, excepto: presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el

⁷¹⁹ El techo de las penas de reclusión subió de dieciséis a veinticinco años en 2001, mediante el art. 2 de la Ley 2001-47, reformatoria al Código Penal y al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, publicada en el Registro Oficial N° 422 de 28 de septiembre de 2001.

ocultamiento; y, que el sospechoso, imputado o acusado colabore eficazmente con las autoridades en la investigación del delito. Además, se considerarían como circunstancias *agravantes*, cuando no fueren constitutivas o modificatorias de la infracción, sin perjuicio de las circunstancias agravantes generales, un listado de situaciones que tomaban en cuenta la edad o la discapacidad de la víctima, el lugar en que ésta se encontraba en el momento del cometimiento de la infracción, su situación de vulnerabilidad, el daño en la salud e integridad causado en la víctima con el cometimiento del delito, la relación de poder y/o autoridad o parentesco del infractor con la víctima, la forma como se cometió el delito, la función o cargo que ocupaba el infractor y de los cuales se aprovechó para cometer el delito, así como los medios empleados para cometer el delito.⁷²⁰ Estas explícitas circunstancias atenuantes y agravantes estaban orientadas a evitar que al juzgador/a haga interpretaciones extensivas al momento de imponer la pena en estos delitos, y a reforzar el cumplimiento de los derechos de las víctimas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad.

Paralelamente, se introdujo como circunstancia *agravante* de las infracciones en general el hecho de ser la víctima cónyuge, conviviente, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, o ser ascendiente o descendiente del agresor.

⁷²⁰ Estas circunstancias agravantes eran: “1. Si la víctima es una persona mayor de 60 años o menor de 18 años de edad, persona con discapacidad o de aquellas que el código civil considera incapaces; 2. Encontrarse la víctima, al momento de la comisión del delito, en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de rehabilitación social o en recintos policiales o militares, u otros similares; 3. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, extrema necesidad económica o de abandono; 4. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal, o haberle producido lesiones que causen incapacidad permanente, mutilaciones, pérdida o inutilización de órganos, discapacidad física, perturbación emocional, trastorno psicológico o mental; 5. Si la víctima estuviere o resultare embarazada, o si estuviere en puerperio, o si abortare como consecuencia de la comisión del delito; 6. Si la víctima estuviere incapacitada física o mentalmente; 7. Tener el infractor algún tipo de relación de poder y/o autoridad sobre la víctima, o si es adoptante, tutor, curador o si tiene bajo su cuidado, por cualquier motivo, a la víctima; 8. Compartir con la víctima el ámbito familiar; 9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión del delito; 10. Si el delito sexual ha sido cometido como una forma de tortura, o con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo; 11. Si el delito ha sido cometido por funcionarios públicos, docentes o ministros de algún culto, que han abusado de su posición para cometerlo, por profesionales de la salud y personas responsables en la atención del cuidado del paciente, o cualquier otra clase de profesional o persona que hubiere abusado de su función o cargo para cometer el delito; y, 12. Haber utilizado para cometer el delito, alguna sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima”. Art. 4 de la Ley Reformatoria al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad, de 2005.

Esta agravante general fue un avance en cuanto a la penalización de la violencia contra la mujer, entre ellas la sexual, que sucede con frecuencia en el ámbito familiar.

Por otra parte, se estableció una excepción a la regla que disponía que las personas mayores de 60 años cumplan su pena de reclusión en un centro de prisión correccional, al señalarse que eso no sería así en los delitos sexuales y de trata de personas, casos en los cuales el sindicado tampoco podría cumplir prisión preventiva. Es decir, conforme las disposiciones del Código Penal de la época (arts. 53-55) tales personas debían cumplir la pena de reclusión guardando “prisión celular” más no “prisión correccional”.⁷²¹ Al respecto vale mencionar que tal disposición constituía un trato discriminatorio hacia las personas mayores de 60 años de edad en el cumplimiento de la pena en razón del delito cometido, vulnerando estándares internacionales como los previstos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas que establecen clasificación por categorías según los distintos grupos de reclusos (Regla 68);⁷²² sin embargo, tal diferenciación sólo estaba señalada en la ley pues en la práctica no existían las condiciones materiales para que ello se cumpla, además, internos con diferentes penas e, incluso, no sentenciados, guardaban prisión indistintamente tanto en cárceles como en penitenciarías.⁷²³

Entre las disposiciones comunes a los delitos sexuales y/o de trata de personas se estableció que en caso de concurrencia de los mismos, las penas se acumulaban hasta un

⁷²¹ En la reclusión, de tipo celular, que se cumplía en las penitenciarías, “el condenado debía guardar absoluto silencio en soledad en una celda estudiada arquitectónicamente para buscar que la persona se reencontrara consigo mismo y cambiara su actitud al salir, si la pena no era perpetua [...]”, en cambio la prisión correccional, se cumplía en las “cárceles” que eran “lugares en teoría menos severos, que permitían la convivencia contra el aislamiento; la educación contra la expiación pura; el trabajo en talleres comunes, contra el castigo reglamentario [...]”. Arturo Donoso Castellón, “Supresión de la pena de prisión”, en Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, año XIX, N° 54, mayo 1991, pp. 56-57.

⁷²² Esto ya no es así en la actualidad, al menos en lo formal, toda vez que, conforme lo establece el art. 7 del COIP, uno de los principios rectores de la ejecución de las penas y las medidas cautelares personales es la “separación”, según el cual “las personas privadas de libertad se alojarán en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, de acuerdo a su sexo u orientación sexual, edad, razón de la privación de libertad, necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o las necesidades especiales de atención”; adicionalmente, el art. 624 *ibídem* dispone que “En los casos de personas adultas mayores, las penas privativas de libertad se cumplirán en establecimientos especialmente adaptados para su condición [...]”.

⁷²³ Al respecto véase a Jaime Flor Váscquez, “Aspiración de sustituir la pena de prisión correccional por multa en los delitos intencionales y la eliminación de la prisión por contravenciones de policía”, en Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, año XIX, N° 54, mayo 1991, pp. 134-136.

máximo de 35 años; lo cual estaba en concordancia con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 81.3 del Código Penal vigente en esa época.⁷²⁴

Otras disposiciones comunes a estos delitos establecidas por las reformas fueron: que el comportamiento público no privado (se quiso decir o privado) de la víctima, anterior a la comisión de cualquiera de estos delitos no sería considerado dentro del proceso; y que, en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de 18 años de edad, era irrelevante. Disposiciones que tienden a la aplicación de las Reglas 70 y 71 de las *Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, así como a superar el prejuicio de la existencia de la “provocación” por parte de las víctimas mujeres, en los delitos sexuales; lo que, además, constituía un mecanismo de revictimización a las víctimas de tales delitos.

Asimismo, se dispuso que cuando los medios de comunicación hicieren apología de delitos sexuales y de trata de personas, sus representantes serían sancionados con multas de hasta veinte mil dólares, sin perjuicio del comiso de los productos o medios empleados para su comisión. En caso de reincidencia se procedería a la clausura y reversión de las frecuencias o autorización para su funcionamiento. Lo cual fue un avance substancial en la época en cuanto a la responsabilidad de los medios de comunicación.

Estas reformas también establecieron que, lo relacionado con libertad condicional, reducción de penas, modificación de la pena, suspensión del cumplimiento de la pena, condena condicional y libertad condicional previstas, no se considerarían ni aplicarían para el caso de los delitos sexuales y de los delitos de explotación sexual, cuando estos hubieren sido cometidos en contra de personas menores de 18 años de edad; en un claro afán de proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes, gravemente vulnerados por el cometimiento de estos delitos.

En definitiva, las reformas penales de 2005 constituyeron un avance en cuanto a los mínimos legales en materia de penalización de los delitos sexuales y de explotación

⁷²⁴ Art. 81.- En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes: [...] 3.- [...] Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión mayor especial, se acumularán las penas por un máximo de treinta y cinco años [...].

sexual y de la protección a las víctimas de los mismos, de acuerdo a la normativa internacional.

Finalmente, después de setenta y seis años de vigencia, con tres codificaciones y decenas de reformas, el Código Penal de 1938 es reemplazado en 2014 por el **Código Orgánico Integral Penal (COIP)**.⁷²⁵ Este Código introduce cambios sustantivos en el tratamiento de los delitos de naturaleza sexual, a los cuales denomina *Delitos contra la integridad sexual y reproductiva* y los incorpora en el capítulo de los *Delitos contra los Derechos de Libertad*, en consonancia con la clasificación constitucional de los derechos. Cambio de rúbrica que da cuenta del giro en la determinación del bien jurídico protegido de estos delitos (integridad/libertad/indemnidad sexuales) y en los sujetos protegidos por los mismos, esto es, cualquier persona, independiente de determinadas situaciones tales como si es soltera o casada, de mayor o menor edad, o de valoraciones discriminatorias y subjetivas como si es “honesta” o no lo es.

Ahora bien, en la sección de los denominados *Delitos contra la integridad sexual y reproductiva* (arts. 164 a 175) se integran como conductas punibles dos tipos penales relativos a la *integridad reproductiva*: inseminación no consentida y privación forzada de la capacidad de reproducción; y, nueve tipos penales relativos a la *integridad sexual*: acoso sexual, estupro, distribución de material pornográfico a niños niñas y adolescentes, corrupción de niñas, niños y adolescentes, abuso sexual, violación, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años de edad por medios electrónicos, y, oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos. Delitos que son sancionados con penas que van de uno a veintiseis años de privación de la libertad, dependiendo de la gravedad de la infracción y que son agravadas en el caso de menores de 18 años de edad o personas con discapacidad.

Para comenzar este análisis es necesario anotar que resulta inapropiado colocar bajo el mismo título a conductas penales de diferente naturaleza; debió colocarse en una sección a los delitos contra la integridad sexual y en otra a los delitos contra la integridad reproductiva porque, tal como está planteado, el título sugiere que se trata de

⁷²⁵ Promulgado en el Registro Oficial N° 180, suplemento, de 10 de febrero de 2014 y en completa vigencia desde el 10 de agosto de 2014, conforme establece su Disposición Final.

un mismo universo de delitos, en los que la integridad sexual y la integridad reproductiva están vinculadas. Eso no es así en este caso, pues, de la revisión de los sendos elementos que integran los tipos penales *inseminación no consentida* y *privación forzada de la capacidad de reproducción*, se advierte que ninguno tiene relación con la integridad sexual sino únicamente con la integridad reproductiva. En el tipo penal *inseminación no consentida*, lo que determina y delimita el acto es inseminar artificialmente o transferir óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento; en el segundo tipo penal, *privación forzada de capacidad de reproducción*, lo que determina y delimita el acto es privar definitivamente a una persona de su capacidad de reproducción biológica, sin justificación de tratamiento médico o clínico, sin su consentimiento o viciando su consentimiento libre e informado. Debió por tanto darse un lugar especial a estos tipos penales con el título específico de “delitos contra la integridad reproductiva” o colocarlos luego de los delitos contra la integridad sexual (y no al principio como se lo ha hecho) y así, al menos, “justificar” que se los incluyó en el grupo de los denominados *Delitos contra la integridad sexual y reproductiva* por el orden en que están planteados, lo cual tampoco explica esta fusión de delitos en el título propuesto.

En todo caso, el título *Delitos contra la integridad sexual y reproductiva* se presta a confusiones en el momento de delimitar el objeto u objetos de protección de cada uno de los tipos penales que integra, de ahí la necesidad de analizarlos por separado. Sin embargo, en el intento de comprender el alcance del título conviene puntualizar que, conforme a la sistemática de la Constitución, el *derecho a la integridad sexual* está incluido dentro del *derecho a la integridad personal* el cual, a su vez, forma parte de los *derechos de libertad* (art.66.3.a.). Por otro lado, el *derecho a decidir sobre la sexualidad* y el *derecho a decidir sobre la reproducción* (arts. 66.9 y 66.10, respectivamente) también integran los *derechos de libertad*. La libertad vendría a ser el gran paraguas de estos derechos.

No obstante, es importante anotar que, en el derecho a la integridad personal, que incluye a la integridad sexual (al igual que a la integridad física, psíquica y moral), también está incluido el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, en virtud de lo cual el Estado se ha obligado constitucionalmente (art. 66.3.b. de la Constitución) a adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar

toda forma de violencia, en especial, la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad, así como, a adoptar idénticas medidas contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual; es decir, frente a la violencia sexual contra las mujeres de cualquier edad, que entre otras conductas penales se traduce en los antes llamados “delitos sexuales” y ahora en los “delitos contra la integridad sexual”, el Estado está obligado a tomar las medidas necesarias para prevenirla, eliminarla y sancionarla. Por ende, las funciones legislativa y ejecutiva, deben tomar en cuenta esta obligación constitucional en el momento en que, según les corresponda, aprueben y sancionen o veten leyes penales. Se asume que en base a ello se agrupó en el COIP conductas punibles de naturaleza sexual en la sección correspondiente a los denominados *Delitos contra la integridad sexual y reproductiva*, aunque se lo hizo mal, conforme se anotó.

Pero, ¿qué es la integridad sexual? Refiriéndose a los delitos contra la integridad sexual en la legislación argentina, Donna sostiene que el bien jurídico *integridad sexual* no es otra cosa que “la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer”.⁷²⁶ El citado autor puntualiza que la libertad sexual, en su doble vertiente, por un lado, positivo-dinámica, es la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos; por otro lado, en la vertiente negativa, es la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar (que es la vertiente que se protege en el ámbito penal). En cuanto a los menores de edad, o personas privadas de sentido o con un trastorno mental, el bien jurídico es la *intangibilidad o indemnidad sexual* de la persona; porque es interés del Derecho evitar

⁷²⁶ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2002, 2ª ed. actualizada, p. 14.

que terceras personas, ajenas a la vida del menor de edad, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad.⁷²⁷

Para Buompadre la *integridad sexual* “debe ser entendida como la libertad sexual del individuo, esto, es, como su autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que se ataca también cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción”.⁷²⁸

A criterio de Núñez, la *integridad sexual* puede caracterizarse como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad; y a la *intangibilidad sexual* de quienes por su menor edad no pueden manifestar válidamente su consentimiento, no han alcanzado aquella plena capacidad y pueden, por ello, ser víctimas de aprovechamiento o pueden sufrir una deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad por determinadas conductas penales.⁷²⁹

Respecto al concepto “intangibilidad o indemnidad sexual”, Díez Ripollés sostiene que con él “se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad”.⁷³⁰

Entre los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan -a criterio de Díez Ripollés- las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento; en cuanto a los incapaces o

⁷²⁷ *Ibíd.*, p. 14.

⁷²⁸ Jorge Eduardo Buompadre, “Delitos contra la integridad sexual. Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal”, en *Revista Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, vol. 1999- 3, 2001, p. 732.

⁷²⁹ Ricardo Núñez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba/Argentina, Lerner Editora S.R.L., 2008, 3ª ed. actualizada, p. 116.

⁷³⁰ José Luis Díez Ripollés, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Anuario de Derecho Penal 1999-2000, Fribourg/Lima, 2000, p. 63, en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#1999>.

“mentalmente trastornados”, el énfasis se coloca en las repercusiones negativas que tales contactos sexuales pueden tener en su normal proceso de socialización, dada su incapacidad para controlar los instintos y su fácil conversión en meros objetos sexuales para disfrute de otras personas.⁷³¹

Es decir, el término *integridad sexual* abarca la *libertad sexual* de las personas adultas y la *indemnidad sexual* de las personas que, por su vulnerabilidad en razón de su menor edad o discapacidad, carecen de esta libertad sexual.

La integridad sexual también abarca el derecho a la dignidad personal (núcleo esencial de todos los derechos humanos), el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷³² y el derecho a la intimidad personal.⁷³³

Hecha esta precisión se pasa a analizar las principales características comisivas de los nueve tipos penales del grupo de delitos contra la integridad sexual.⁷³⁴

Tipo penal: acoso sexual (art. 166 COIP)

La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciendo de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima, con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

⁷³¹ Sostiene Díez Ripollés que el concepto de *indemnidad sexual* es uno sobre cuyos contenidos nunca ha existido acuerdo y que posee, además, una preocupante tendencia a intercambiarse con otros términos que se pretenden, al menos en principio, semánticamente distintos, tales como *intangibilidad sexual*, el cual es un precedente del de indemnidad sexual que se lo ha ido estimando paulatinamente, de un modo no del todo correcto, -dice- como sinónimo del de *indemnidad sexual*; concepto este último que ha registrado evoluciones ulteriores ubicándolo como *el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad* o como *bienestar psíquico*. José Luis Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁷³² Reconocido y garantizado en el art. 66.5 de la Constitución de Ecuador.

⁷³³ Reconocido y garantizado en el art. 66.20 de la Constitución de Ecuador.

⁷³⁴ Es necesario puntualizar que en las actas de las sesiones del Primer y Segundo debate del Pleno de la Asamblea Nacional, en las cuales se debatieron los artículos del Código Orgánico Integral Penal previo a su aprobación, no hay pronunciamientos específicos de las y los asambleístas respecto del alcance de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva o de su actual denominación; la propuesta de despenalización del aborto en casos de violación fue el centro del debate. Cfr. Actas 174 A-G y 257 A-F, Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador, Quito.

Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que solicite favores de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se encuentre previsto en el inciso primero de este artículo, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

El bien jurídico que protege este tipo penal es, por un lado, la libertad sexual del sujeto pasivo mayor de 18 años de edad, “debido a que la conducta consiste en constreñir el consentimiento para adoptar una decisión referida a su comportamiento sexual”⁷³⁵ o, dicho de otro modo, la autodeterminación sexual del sujeto pasivo se ve coartada por la conducta de connotación sexual no deseada que le impone el sujeto activo; y, por otro, la indemnidad sexual de la víctima niño, niña o adolescente o persona con discapacidad.

En cuanto al sujeto activo, puede tratarse de cualquier persona, independientemente de su sexo o identidad de género, sin embargo, esta persona debe estar en una determinada situación de superioridad respecto del sujeto pasivo.

La conducta típica consiste en solicitar algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero; es decir, se trata de una solicitud de carácter sexual. Basta con la solicitud para que se consuma el delito, es un delito de mera actividad.

En cuanto al acto de naturaleza sexual que se solicita, el alcance de la norma es amplio, puede ser cualquier acto con tal de que sea de índole sexual. Esta solicitud podría ser expresada de cualquier forma (verbal o escrita) y por cualquier medio (en persona, carta, teléfono, correo electrónico o mensaje telefónico), y bastaría con uno de ellos, puesto que la norma nada establece en ese sentido; sin embargo, se entiende que es la solicitud personal y reservada la que tendría un mayor efecto “disuasivo” en la víctima.

Ahora bien, ¿esta solicitud podría estar acompañada de actos de tocamiento del sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo? Para Elena Larrauri, la solicitud excluye

⁷³⁵ Elena Larrauri, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, en Cuadernos de Derecho Judicial, N° 7, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 183.

el contacto corporal puesto que en este caso se estaría frente a otros delitos sexuales, como el abuso sexual.⁷³⁶ Al respecto, Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre sostienen que “el significado sexual de la aproximación depende del lugar del cuerpo del sujeto pasivo al que el autor accede con sus sentidos”, aunque la doctrina recalca que es el sujeto activo quien otorga el significado sexual dependiendo de la parte de su cuerpo que aproxima al del sujeto pasivo, tal es el caso del hombre que acerca su miembro viril a los pies de una mujer.⁷³⁷ A partir de este análisis se colige que la solicitud podría estar acompañada o no de otros actos de acercamiento no deseados tales como: agarrar las manos o acariciar el rostro del sujeto pasivo, que sin ser explícitamente sexuales persiguen ese fin.

En cuanto al “tercero” para el cual se solicita el acto de naturaleza sexual -que es otro de los supuestos del tipo penal- nada establece la norma respecto a su grado de participación en la comisión de la infracción y si debe ser sancionado o no. De ahí que la conducta típica de este delito presenta algunas imprecisiones y vacíos que incidirán en el momento de valorar si hubo ilícito penal o no y en el momento de interpretar la norma, tomando en cuenta que los tipos penales se deben interpretar en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma, conforme lo establece el art. 13.2 del COIP. Sin embargo, independientemente del grado de participación del “tercero” en la comisión del delito de acoso sexual, éste, al igual que el sujeto activo, podría ser responsable de un delito posterior si el acoso sexual surte sus efectos en la libertad o indemnidad sexual de la víctima, es decir, si ésta accede a la conducta de connotación sexual no deseada que le es impuesta.

El tipo penal en estudio presenta dos medios comisivos que operan juntos, a saber: 1. el prevalerse de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima; y, 2. la amenaza de causar a la víctima o a un tercero, un mal relacionado con las legítimas

⁷³⁶ Elena Larrauri, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, *op. cit.*, p. 184.

⁷³⁷ Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, *Derecho Penal, parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 2007, 7ª ed. actualizada y ampliada, p. 183.

expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación. Es decir, como afirma Donna, el sujeto activo coacciona a la víctima a que se someta sexualmente, abusando de la autoridad que le confiere su función;⁷³⁸ por ejemplo: “o te acuestas conmigo o te despido”.

Las diversas situaciones de autoridad, superioridad o poder, señaladas en el tipo penal y que ostenta el sujeto activo, colocan a éste en una situación de ventaja frente al sujeto pasivo, quien ante su situación de subordinación y la amenaza de que él o una tercera persona (familiar o ser querido) sufran un mal, se ve compelido a tolerar las presiones del sujeto activo.

En este sentido, la amenaza debe ser real, entendiendo por real -en palabras de Larrauri- que su realización esté al alcance de quien emite la amenaza y, además, de una cierta gravedad,⁷³⁹ de modo que sea capaz de intimidar al sujeto pasivo para que acceda a la solicitud del sujeto activo. Además, el mal con el que se le amenaza debe ser relacionado con las legítimas expectativas que el sujeto pasivo pueda tener en el ámbito de la relación en medio de la cual se produce el acoso sexual (laboral, docente, religiosa, familiar, profesional/prestacional, entre otras). Esto significa que el sujeto pasivo tiene derecho, legítima expectativa -bien por ley o por costumbre-, a recibir algo que el sujeto activo le amenaza con no darle.

Las penas son agravadas si la víctima es menor de 18 años de edad, persona con discapacidad o que no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.

En cuanto a las penas, sin la presencia de circunstancia agravante es privación de libertad de uno a tres años, con circunstancia agravante es privación de libertad de tres a cinco años; y, si se trata de solicitud de favores de naturaleza sexual fuera de lo no previsto en el inciso primero del artículo, la pena es privación de libertad de seis meses a dos años. Esta última circunstancia deja abierta la interpretación puesto que puede ser cualquier otra solicitud de favores de naturaleza sexual, de cualquier forma y por cualquier medio; interpretación que está prohibida por el propio COIP, que en el art. 13.3 puntualiza: “queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones

⁷³⁸ Edgardo Alberto Donna, *op. cit.*, p. 32.

⁷³⁹ Elena Larrauri, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, *op. cit.*, p. 188.

penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos”.

Tipo penal: estupro (art. 167)

La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas en razón de ser adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

Un elemento central de este delito es el engaño como medio empleado del sujeto activo para conseguir de la víctima que consienta en mantener relaciones sexuales con él; es decir, en este delito no media la violencia sino el artificio, la astucia del sujeto activo para lograr de la víctima su consentimiento. Sin embargo, este consentimiento de la víctima está viciado o resulta ineficaz por haberse obtenido con engaño y por cuanto el infractor se aprovecha de la falta de madurez y experiencia sexual de la víctima en razón de su edad.

El tipo penal es abierto en relación al objetivo en sí del acto delictivo, esto es: tener relaciones sexuales; puesto que no se restringe a una práctica sexual determinada por lo que incluiría, relaciones sexuales sin penetración del miembro viril o “acceso carnal”.

No establece agravantes por lo que si la víctima, además, tiene alguna discapacidad, por ejemplo, discapacidad intelectual, se sancionaría al infractor tomando en cuenta el rango general de penas, aunque, se asume, que en este caso la pena sería la máxima.

En cuanto a la pena (privación de libertad de uno a tres años), tomando en cuenta que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de adolescentes entre 14 y 18 años, estas son bajas; más aún si se considera que el COIP sanciona con la misma pena a delitos tales como la ruptura de sellos (art. 284), la administración y el funcionamiento

de salas de juego (art. 236), el agiotaje (art. 308), entre otros, que protegen bienes jurídicos que no son comparables con el estupro en cuanto al daño que causa a la víctima. Además hay que tomar en cuenta que el Estado debe hacer prevalecer el interés superior de niños, niñas y adolescentes conforme lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución de la República y el Código de la Niñez y Adolescencia.

Este delito es de acción privada; el único del grupo que se rige por este tipo de acción. Al respecto, es necesario puntualizar que, tal como se ha establecido en líneas anteriores, el bien jurídico tutelado en este delito es la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas en razón de ser adolescentes, por lo que el ejercicio de la acción penal no se puede dejar a la libre iniciativa de sus representantes; más aún, si el Estado está en la obligación de proteger y atender de manera prioritaria a este grupo poblacional en situación de vulnerabilidad.

Tipo penal: distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes (art. 168)

La persona que difunda, venda o entregue a niñas, niños o adolescentes, material pornográfico, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El bien jurídico que protege este delito es la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas en razón de ser niños, niñas o adolescentes.

La conducta típica de este delito consiste en difundir, vender o entregar a los sujetos pasivos material pornográfico; no se precisa el medio para la difusión, venta o entrega, por lo cual podría ser cualquiera, es decir: medios electrónicos, telemáticos, físicos, convencionales o no convencionales, tales como internet, teléfono, correos electrónicos, video chats, mensajes instantáneos, volantes, etc., según corresponda. Este delito no tiene agravantes.

En cuanto a la pena (privación de libertad de uno a tres años), con el mismo criterio establecido en el caso del estupro, y tomando en cuenta que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes, éstas son bajas.

Este delito busca prevenir el deterioro de la personalidad sexual de niños, niñas y adolescentes.

Tipo penal: corrupción de niñas, niños y adolescentes (art. 169)

La persona que incite, conduzca o permita la entrada de niñas, niños o adolescentes a prostíbulos o lugares en los que se exhibe pornografía, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El bien jurídico protegido por este tipo penal es la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas en razón de ser niños, niñas o adolescentes; puesto que, como sostiene Núñez, este delito atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede impedirles en el futuro tomar decisiones de índole sexual carentes de deformación.⁷⁴⁰

La conducta típica consiste en incitar, conducir o permitir la entrada de niños, niñas o adolescentes a prostíbulos o lugares en los que se exhibe pornografía; en ese sentido hay que diferenciar cada acto: incitar implica provocar, mover a un niño, niña o adolescente a hacer lo establecido en el tipo penal, para lo cual el sujeto activo podrá recurrir a cualquier medio, pues la descripción típica no establece cual específicamente; conducir es llevar o transportar a la víctima a los lugares señalados en el tipo penal; y, permitir es consentir o no impedir la entrada de la víctima a estos lugares pudiendo evitarlo a sabiendas que está prohibido el acceso de ella a estos lugares.

Este delito no tiene agravantes y la pena con la que se sanciona es más alta que la prevista en el Código Penal anterior al COIP (uno a tres años de prisión).

Tipo penal: abuso sexual (art. 170)

La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

⁷⁴⁰ Ricardo Núñez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba/Argentina, Lerner Editora S.R.L., 2008, 3ª ed. actualizada, p. 133.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.

El bien jurídico que protege este delito es la libertad sexual de las víctimas mayores de 18 años de edad y la indemnidad sexual de las víctimas niños, niñas o adolescentes o con discapacidad. El sujeto activo puede ser cualquier persona.

La conducta típica consiste en ejecutar u obligar a ejecutar sobre la víctima u otra persona, un acto de naturaleza sexual sin que exista penetración o acceso carnal, para lo cual el sujeto activo podrá hacer uso de cualquier medio coercitivo para doblegar su voluntad. La Corte Nacional de Justicia ha establecido que actos sexuales son aquellos “como tocamientos, abrazos, besos, caricias, etc., sin que exista el acceso carnal”,⁷⁴¹ puntualizando que “un acto contendrá una naturaleza sexual, -corpóreo-, solo cuando tal conducta implique tocamientos en las zonas genitales de la víctima, mamas, o cuando ésta sea obligada a realizarlos en el sujeto activo del delito o en una tercera persona [...], sin que impliquen el acceso carnal.”⁷⁴²

La pena se agrava en los siguientes supuestos: que la víctima sea menor de 6 años o menor de 14 años de edad o con discapacidad; que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal; o si la víctima es menor de seis años de edad.

Cabe indicar que en el Código Penal anterior al COIP este delito tenía el nombre de atentado contra el pudor y estaba sancionado con pena de cuatro a ocho años de

⁷⁴¹ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, sentencia de 10 de octubre de 2012, emitida dentro del juicio N° 84-2011-P-LBP.

⁷⁴² Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, sentencia de 20 de junio de 2013, emitida dentro del juicio N° 1383-2012.

reclusión, la que en la actualidad está fijada en siete a diez años de privación de libertad para el caso específico de que la víctima sea menor de 6 años de edad.

Tipo penal: violación (art. 171)

Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.

2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.

2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.

3. La víctima es menor de diez años.

4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.

5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

El bien jurídico protegido de este tipo penal es la libertad sexual de las personas mayores de edad, esto es, la facultad que tiene de autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad y disponer de su cuerpo como a bien tuviere en materia sexual sin más

limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y, la indemnidad sexual de las personas menores de 18 años de edad, que requieren protección de su libre y normal desarrollo sexual ante cualquier ataque que pueda ser perjudicial para su normal desarrollo sexual. Adicionalmente se protege “la falta de libertad” sexual de la víctima que se encuentre “privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse”; es decir, como señala Muñoz Conde, se protege “la consideración que merece la persona que no está en condiciones de decidir libremente sobre su sexualidad con terceros”.⁷⁴³ El sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que el tenor literal del tipo penal utiliza el término “quien la comete”.

La conducta típica es el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril; es decir, los medios empleados pueden ser el miembro viril (pene), objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril. Parte medular de este tipo penal es la falta de consentimiento de la víctima.

Se establece el máximo de la pena si se verifican seis supuestos específicos y pena agravada si se produce la muerte de la víctima en cualquiera de los casos.

Tipo penal: utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (art. 172)

La persona que utilice a niñas, niños o adolescentes, a personas mayores de sesenta y cinco años o personas con discapacidad para obligarlas a exhibir su cuerpo total o parcialmente con fines de naturaleza sexual, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

El bien jurídico que protege este delito es la libertad sexual de personas mayores de 65 años de edad o con discapacidad y la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes, sujetos pasivos del delito; ilícito penal que puede ser perpetrado por cualquier persona o sujeto activo.

⁷⁴³ Francisco Muñoz Conde, “Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)”, en Estudios Penales y Criminológicos, Universidad Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, s.f., pp. 75-76, en https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4214/1/pg_268-297_penales13.pdf.

La conducta típica consiste en utilizar a los sujetos pasivos para obligarlos a exhibir su cuerpo total o parcialmente con fines de naturaleza sexual; es decir, el sujeto activo se debe valer de medios coercitivos (chantaje o extorsión, por ejemplo) para obligar a sus víctimas a que cumplan con lo impuesto. ¿Qué pasa si no se obliga a los sujetos pasivos a exhibir su cuerpo o éstos lo exhiben “voluntariamente”? Esto es problemático, básicamente en el caso de las víctimas niños, niñas y adolescentes, por cuanto, una disposición común a los delitos contra la integridad sexual es que el consentimiento dado por la víctima menor de 18 años de edad es irrelevante; es decir, en estos casos siempre se entenderá que la víctima fue obligada porque su consentimiento carece de valor. En ese sentido más adecuado hubiera sido excluir de los elementos del tipo el término “obligarlas” porque se podrían presentar inconvenientes para probar y determinar la existencia de la infracción. Este delito no tiene agravantes.

Tipo penal: contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos (art. 173)

La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El bien jurídico protegido de este delito es la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes y de personas con discapacidad.

Este tipo penal responde a la necesidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes que, a través de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente internet, acceden a las redes sociales, las que se constituyen en lugares

idóneos de los delincuentes sexuales para conseguir sus fines, amparados en el anonimato. Esta modalidad delictiva es también conocida como ciberacoso infantil con finalidad sexual o “child grooming”. Aunque no existe una definición aceptada universalmente, puesto que depende de la forma como el tipo penal ha sido incorporado en las diferentes legislaciones, Panizo Galence define al ciberacoso con intención sexual como “aquellas acciones preconcebidas que lleva a cabo un adulto a través de Internet para ganarse la confianza de un menor de edad y obtener su propia satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas que consigue del menor, pudiendo llegar incluso a concertar un encuentro físico y abusar sexualmente de él”.⁷⁴⁴

Conforme el COIP, un elemento central de este delito son los medios utilizados en la infracción, que el tipo penal los determina como electrónicos o telemáticos, es decir: e-mail, chat, mensajes instantáneos, whatsapp, skype, webcam, entre otros, que permitan, por tanto, un contacto y comunicación virtual entre el infractor y la víctima.

La conducta típica de este delito consiste en, utilizando los medios antes señalados, proponer concertar un encuentro con un niño, niña o adolescente y que tal propuesta esté acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica; es decir, el delito se consuma con la concertación de una cita, sin necesidad de que ésta sea aceptada por el niño, niña o adolescente, por tanto, no se requiere verificar si el encuentro tuvo lugar o no. Los actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica que deben acompañar la propuesta pueden ser actos tendientes a ganarse la confianza de la víctima mediante el envío de regalos tales como música, videos, juegos, aplicaciones, etc. Así, “no bastaría que un adulto entre en el perfil de un menor de la red social Tuenti y empiece a chatear con él, sino que tendría que haber realizado actos materiales para ganarse su confianza (enviarle una fotografía o video de un niño de 14 años, ligero de ropa fingiendo ser él y proponerle seguidamente al menor que haga lo mismo [...])”.⁷⁴⁵ Estos actos materiales encaminados al acercamiento también podrían ser regalos tangibles, tales como entradas al cine, chocolates o flores, siempre y cuando el contacto y la comunicación sea virtual, por

⁷⁴⁴ Victoriano Panizo Galence, *El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*, Qc, s.f., p. 24, en <file:///C:/Users/altekpc/Downloads/Dialnet-ElCiberacosoConIntencionSexualYElChildgrooming-3795512.pdf>.

⁷⁴⁵ *Ibíd.*, p. 26.

cuanto es el entorno electrónico o telemático el principal supuesto de este tipo penal. ¿Qué pasa si se rompe este entorno y el infractor acompaña su propuesta con actos materiales que impliquen un contacto personal con la víctima? Si son actos materiales encaminados al acercamiento a la víctima con finalidad sexual o erótica estarían reunidos los elementos del tipo, puesto que, como se colige del análisis, este tipo penal sanciona actos preparatorios. Esto, sin perjuicio de la sanción que corresponda si, de llegarse a producir el encuentro, fruto del mismo se comete otro delito.

Es una agravante de esta conducta el uso de coacción o intimidación; “el acosador suele utilizar con frecuencia el engaño en su estrategia para lograr ganarse la confianza del menor (haciéndose pasar por otro niño...) y si no consigue su objetivo suele tratar de lograrlo amenazándole con difundir a través de internet una imagen comprometida que le haya enviado o que haya conseguido con algún tipo de artimaña”.⁷⁴⁶

Adicionalmente este tipo penal contiene un subtipo con otros elementos: suplantación de la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos para establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico con un niño, niña o adolescente o con persona con discapacidad; es decir, el delito se consuma con el establecimiento de comunicaciones con la víctima. Sin embargo si para tal efecto, el sujeto activo utiliza su verdadera identidad no se configuraría el subtipo penal.

Sin entrar a analizar en detalle este delito, de su sola lectura se puede evidenciar que se trata de un tipo y subtipo penal que pueden presentar varias problemáticas al momento de investigarlo y procesarlo, más aún si no se cuenta con las herramientas y los profesionales idóneos para ello.⁷⁴⁷

En todo caso este delito y su subtipo buscan prevenir el cometimiento de otros delitos en la persona de niños, niñas y adolescentes, tales como violación, abuso sexual, pornografía infantil, trata de personas, etc.

⁷⁴⁶ Victoriano Panizo Galence, p. 26.

⁷⁴⁷ Para investigar estos delitos, en Ecuador funciona la Unidad de Investigación de Ciberdelitos de la Policía Judicial.

Tipo penal: oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos (art. 174)

La persona, que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático para ofrecer servicios sexuales con menores de dieciocho años de edad, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual y libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes, sujetos pasivos del delito; el que puede ser cometido por cualquier persona, independientemente de su sexo, edad, o cualquier otra condición personal.

Los medios para el cometimiento de este delito son el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático.

La conducta típica consiste en utilizar o facilitar cualquiera de estos medios para ofrecer servicios sexuales con menores de 18 años de edad. Lo preocupante de este tipo penal es la facilitación del medio delictivo, así por ejemplo, si una persona facilita o presta su correo electrónico para tal efecto, a sabiendas de cuál será su uso y el resultado esperado, se convierte en autor o coautor del delito puesto que sin este acto no se podría perpetrar la infracción; sin embargo, dicha facilitación podría no existir por cuanto los delincuentes sexuales que se valen de estos medios para cometer sus delitos, por lo general, lo hacen con una identidad falsa o desde una cuenta ajena que es “hackeada”, a fin de quedar impune o atribuir la responsabilidad del ilícito a otra persona, de ahí que fácilmente cualquier persona que es víctima de un “hackeo” de su cuenta, la cual ha sido utilizada como medio para cometer este delito, podría ser procesada por el mismo sin haber sido partícipe en su cometimiento. Este tipo penal no tiene agravantes.

Este delito, al igual que el anterior, busca prevenir el cometimiento o desencadenamiento de otros delitos en la persona de niños, niñas y adolescentes (violación, abuso sexual, pornografía infantil, trata de personas, etc.).

Las **disposiciones comunes** que rigen los delitos contra la integridad sexual y reproductiva son (art. 175): - La o el juzgador, *adicional a la pena privativa de libertad*

puede imponer una o varias *penas no privativas de libertad*; que, conforme al art. 60 del COIP, para el caso, serían dos: 1. tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo; y, 2. prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general, esto, por cuanto las otras penas no privativas de libertad, como su nombre lo indica, se cumplen en libertad. - En los casos en los que la o el presunto agresor sea ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cónyuge, ex cónyuge, conviviente, ex conviviente, pareja o ex pareja en unión de hecho, tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona a cargo del cuidado o custodia de la víctima, el juez de garantías penales como *medida cautelar* suspenderá la patria potestad, tutoría, curatela y cualquier otra modalidad de cuidado sobre la víctima a fin de proteger sus derechos; esta medida también la podrá solicitar la o el fiscal, de oficio o a petición de parte la o el juez competente. - Para estos delitos no será aplicable la atenuante prevista en el numeral 2 del art. 45 de, COIP, esto es: “actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia”. - El comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión de la infracción sexual, no es considerado dentro del proceso; esto, tomando en cuenta las *Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. - En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante; al igual que en la disposición anterior en ésta se considera las *Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. - Las víctimas de estos delitos pueden ingresar al Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos (SPAVT)⁷⁴⁸ de la Fiscalía General del Estado.

En definitiva, al examinar los delitos contra la integridad sexual se colige que la prioridad del asambleísta ha sido la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a las tradicionales conductas delictivas que les afecta y las nuevas que han proliferado con el mal uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y no podía ser de otra

⁷⁴⁸ Según información proporcionada, a pedido de la autora de este trabajo, por parte del Lcdo. Maggio Vladimiro Irigoyen Vargas, Director de Protección a Víctimas de la Fiscalía General del Estado, (constante en oficio N° FGE-GSPAVT-2016-006705-O, de 8 de junio de 2016) desde enero de 2013 hasta abril de 2016, el SPAVT ha protegido a 3611 víctimas de delitos sexuales o delitos contra la integridad sexual a nivel nacional; de ellas, su mayoría (2276) han sido víctimas del delito de violación.

manera puesto que, a más de la alarma social que generan, existe un mandato constitucional según el cual el Estado debe adoptar, entre otras, medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole (art. 46.4 Constitución); además, toma en cuenta la obligación constitucional según la cual deben recibir atención prioritaria las víctimas de violencia sexual (art. 35 Constitución).

Es necesario puntualizar, que el COIP también tipifica y sanciona conductas penales relacionadas con los delitos contra la integridad sexual que tienen como elementos constitutivos o como agravantes la violencia sexual, a saber: el atentado a la integridad sexual y reproductiva de persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario (art. 116); la violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar (art. 158); la trata de personas con fines de explotación sexual, incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil (art. 91.2); diversas formas de explotación tales como, la explotación sexual de personas (art. 100), la prostitución forzada (art. 101), el turismo sexual (art. 102), la pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes (art. 103) y, la comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes (art. 104). Conductas que por corresponder a otra clasificación de delitos, no son analizadas en este trabajo, pero que dan cuenta del amplio espectro de protección de la integridad sexual que, en la actualidad, tiene la legislación penal ecuatoriana.

En fin, en Ecuador la protección a la libertad e indemnidad sexual de las víctimas de delitos de naturaleza sexual ha ido evolucionando poco a poco. Sin embargo, no es sino a raíz de las reformas penales de 1998 que se da un giro en la tipificación y sanción de los delitos de naturaleza sexual, tomando en consideración el bien jurídico protegido en función de los derechos de quienes los padecen, esto es, principalmente la mujer (niña, adolescente o adulta), superando la concepción patriarcal de proteger el honor e incluso, soterradamente, la propiedad del marido o el padre de la víctima. Es decir, se verifica un cambio sustancial en el enfoque tomando en cuenta los derechos humanos de las víctimas.

Cabe indicar que la tipificación y sanción de los delitos contra la integridad sexual es un mecanismo de tutela de los derechos de las víctimas de infracciones penales

así como de debida diligencia del Estado ecuatoriano para sancionar la violencia sexual contra la mujer y contra niños, niñas y adolescentes, en cumplimiento de instrumentos internacionales tales como, la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* y la *Convención sobre los Derechos del Niño*. Sin embargo, como se verá en líneas posteriores, esto no es suficiente para lograr la verdadera protección de los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual.

3.3. Tratamiento jurídico sobre la participación de las víctimas de infracciones penales en el proceso penal ecuatoriano

En Ecuador, la Constitución de 1998 da un salto cualitativo en el desarrollo del sistema de justicia penal al establecer los postulados que reemplazaron al sistema inquisitivo por el acusatorio, los que posteriormente fueron incorporados en el Código de Procedimiento Penal de 2000, cuerpo normativo este último que por primera vez confiere a la víctima el estatus de *sujeto procesal*.

En la Constitución de 2008 se afianzan estos postulados y se desarrolla otros que garantizan la tutela judicial efectiva de las víctimas de infracciones penales, los que se plasmaron posteriormente en el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009, en las reformas del mismo año al Código de Procedimiento Penal y, finalmente de manera integral, en el Código Orgánico Integral Penal de 2014.

Un recorrido por estas normas jurídicas, permitirá entender la evolución histórica de los derechos de las víctimas en el Ecuador y la tutela judicial efectiva que formalmente se les garantiza en la actualidad.

Previamente, es importante mencionar que en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano de 1983⁷⁴⁹, que se desarrolla en el marco del *sistema procesal inquisitivo*, la única mención que se hace de las víctimas se la encuentra en el numeral 3 del art. 203, al establecerse que la vivienda de un habitante del país puede ser allanada, entre otros supuestos, cuando se trate de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de “socorrer a las víctimas”.

⁷⁴⁹ Promulgado en el Registro Oficial N° 511, de 10 de junio de 1983.

Además, en este Código se hacen tres menciones al “ofendido”, término que en él se utiliza para referirse al sujeto pasivo del delito. La primera, al establecer que la acusación particular la pueden proponer únicamente *el ofendido* o su representante legal, o los parientes del ofendido dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o el cónyuge, o el heredero que acusa la muerte de su instituyente (art. 34). La segunda, al determinar que los objetos pertenecientes al acusador, *al ofendido* o a un tercero, se entregarán a sus propietarios, poseedores o a quien legalmente corresponda, inmediatamente después de reconocidos y descritos, bajo la condición de que los presente cuando el juez lo ordene, bajo apercibimiento de apremio personal (art. 91). La tercera, al normar las formalidades que se deben cumplir cuando el juez mande a practicar un careo al establecer la existencia de contradicción entre los testigos, o entre éstos y *el ofendido*, o *entre ofendidos* (art. 137).

A más de estas menciones, la víctima u ofendido no ocupaba ningún lugar ni desempeña ningún papel en el procedimiento penal de esa época. Por el contrario, la víctima no sólo lo era del delito sino también del proceso penal, que la revictimizaba e instrumentalizaba para obtener las pruebas que le permitiría sancionar al infractor; como ocurría en casos de violación, en los que, por reiteradas ocasiones, se sometía a la víctima a exámenes médicos vaginales para establecer que fue objeto de “desfloración”.

Esto se pretendió cambiar con la promulgación de la Constitución Política de 1998,⁷⁵⁰ que incorporó algunas reformas trascendentes no sólo en el régimen político administrativo sino en el sistema jurídico del país; entre ellas, sentó las bases para introducir en el procedimiento penal el *sistema acusatorio* en lugar del inquisitivo que venía rigiendo hasta entonces.

En ese sentido, esta Constitución establece la oralidad, la publicidad y la contradicción como ejes fundamentales del sistema de justicia penal, y consagra que el sistema procesal será el medio para la realización de la justicia, el cual hará efectivas las garantías del debido proceso (arts. 192, 194 y 195). El Ministerio Público pasa a ser el principal protagonista del proceso penal, puesto que dirigirá y promoverá la investigación pre procesal y procesal penal, acusará a los presuntos infractores de hallar

⁷⁵⁰ Promulgada en el Registro Oficial N° 1, de 11 de agosto de 1998.

fundamento para ello e impulsará la acusación dentro del juicio penal (art. 219); se reconoce al imputado su calidad de sujeto de derechos, y la víctima comienza a ser mirada de forma diferente, reconociéndose la necesidad de que su dignidad personal sea respetada y de que el Ministerio Público la proteja dentro del proceso penal.

En el campo del tratamiento a las víctimas, la Constitución de 1998 establece concretamente tres normas, a saber:

1. En el art. 24.10, entre las garantías del debido proceso y, específicamente, del derecho de defensa se dispone que el Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de menores de edad abandonados o *víctimas de violencia intrafamiliar o sexual*, y de toda persona que no disponga de medios económicos.

2. En el art. 47 se consagra que, en el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada, entre otros grupos o personas vulnerables, *las víctimas de violencia doméstica*.

3. En el art. 219 se estipula que una de las obligaciones del Ministerio Público será *velar por la protección de las víctimas*, testigos y otros participantes en el juicio penal.

Estos postulados constitucionales se concretaron y desarrollaron en el Código de Procedimiento Penal de 2000,⁷⁵¹ dándole un giro a la administración de justicia penal al reemplazar el sistema inquisitivo por el acusatorio;⁷⁵² otorgarle al Ministerio Público el rol fundamental en todas las etapas del proceso penal; darle al ofendido o víctima, junto con el Ministerio Público, el imputado, el defensor público, la *categoría de sujeto*

⁷⁵¹ Publicado en el Registro Oficial N° 360, suplemento, de 13 de enero de 2000, el cual entró en vigencia en su totalidad el 13 de julio de 2001.

⁷⁵² En relación a la concentración de poderes del juez, que regía en el sistema inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1983, Durán Díaz, refiere que en dicho Código el ejercicio de la acción pública se iniciaba mediante auto cabeza del proceso y que, “teniendo en cuenta que quien dicta el auto cabeza del proceso es el juez, resulta que al expedirlo ejerce simultáneamente la acción y la jurisdicción, lo que no solo es un disparate jurídico sino una fuente de errores y de abusos siempre lesivos para los derechos del imputado”; lo cual dio lugar a que “el noventa por ciento de la actividad procesal se desarrolle en el sumario, dejando muy poco o casi nada para el plenario, que debe ser el momento trascendental y determinante del proceso”, de ahí que los jueces penales hayan sido “los soberanos absolutos del sumario”, siendo su “voluntad omnímoda” la que fija su duración, la que decide cuáles pruebas se realizan y cuáles no se realizan, “[...] ocasionando que muy rara vez, casi nunca, se vea un testigo declarando en un Tribunal Penal”. Cfr. Edmundo Durán Díaz, “Nuevas instituciones del Código de Procedimiento Penal: el papel del juez”, en Revista Iuris Dictio, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año 12, N° 14, p. 171.

procesal; y, otorgarle a las víctimas mayores posibilidades de participación formal en el proceso, a través de la introducción de algunas disposiciones generales y de varios institutos penales que favorecían el ejercicio de este derecho.

En ese sentido se garantiza a la víctima (a la que el Código también llamó “ofendido”), al igual que al fiscal, al imputado, a su defensor, al acusador particular y a sus representantes, el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución de 1998 y en el propio Código de Procedimiento Penal (art. 14).

Además, dentro del Título de “Los Sujetos Procesales”, se establece un capítulo específico para regular lo relativo al “ofendido”. En estas disposiciones se puntualiza que se considera ofendido (art. 68):

1. Al directamente afectado por el delito y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
2. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen;
3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;
4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,
5. A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

Es decir, ya para el 2000 el legislador tenía una idea bien definida respecto de a quienes se consideran víctimas de una infracción penal, siguiendo el criterio de los instrumentos internacionales que las protegen. La disposición del citado art. 68 serviría de base para caracterizar a las víctimas en el actual Código Orgánico Integral Penal que, salvo algunos ajustes, la replica en su art. 441.

Concomitantemente, el art. 69 del Código de Procedimiento Penal de 2000 establecía que el ofendido tiene derecho a:⁷⁵³

⁷⁵³ Paralelamente a estos derechos el Código estableció que el Fiscal, para impedir la consumación del delito o para conservar los elementos de prueba, podría realizar actos urgentes “*pero sin afectar los derechos del ofendido*” (art. 35); y que, le correspondía a la Policía Judicial “*Auxiliar a las víctimas del delito*” (art. 209.4)

- *Intervenir* en el proceso penal como acusador particular;
- *Ser informado* por el Ministerio Público del estado de la indagación pre procesal, de la instrucción y del resultado final del proceso, en su domicilio si fuere conocido, aun cuando no haya intervenido en el mismo;
- *Presentar quejas* ante el fiscal superior respecto de la actuación irregular o ilegal del agente del Ministerio Público, cuando: - no proporcione la información sobre el estado de la investigación dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en el que fue solicitada; - se desprenda, de la información proporcionada, falta de diligencia en la investigación del caso; - la inadecuada actuación del Fiscal ponga en riesgo la obtención o la conservación de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba; y, - cuando hubiere indicios del quebrantamiento de las obligaciones del Fiscal;
- *Solicitar al juez* de turno que requiera al fiscal para que, en el término de quince días, se pronuncie sobre si archiva la denuncia o inicia la instrucción, cuando habiendo interpuesto previamente una queja ante el fiscal superior ésta no hubiere sido resuelta en el término de quince días;
- *A que se proteja su persona y su intimidad*, y a exigir que la policía, el fiscal, el juez y el tribunal adopten para ello los arbitrios necesarios, sin menoscabo de los derechos del imputado;⁷⁵⁴ y,
- *A reclamar la indemnización civil* una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, haya propuesto o no acusación particular.

Es decir, se trata de un importante catálogo de derechos que lastimosamente no se cumplían por la falta de una política criminal a favor de los derechos de las víctimas y de un verdadero cambio en el sistema penal y en la administración de justicia penal; así, por ejemplo, las normas sustantivas penales permanecieron intocadas.⁷⁵⁵

⁷⁵⁴ Así lo corrobora el Reglamento de la Policía Judicial, promulgado en el Registro Oficial N° 368, de 13 de julio de 2001 (el mismo día que entró en vigencia en su totalidad el Código de Procedimiento Penal de 2000) reglamento que, entre sus principios fundamentales, establecía que en el desempeño de sus funciones la Policía Judicial respetará en forma irrestricta la Constitución y leyes de la República que consagran los *derechos* de las personas, en especial *de las víctimas* y de los imputados (art. 1); y, que, es deber y atribución de la Policía Judicial “Prestar auxilio y asistencia inmediata a las víctimas del delito” (art. 8.8).

⁷⁵⁵ Aunque hubo esfuerzos aislados para proteger a las víctimas participantes en el proceso penal, uno de ellos, el contenido en el *Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y*

Por su parte, la Constitución de 2008⁷⁵⁶ ratifica en su texto los postulados de la Constitución de 1998 en cuanto a la atención prioritaria y especializada, en los ámbitos público y privado, que recibirán las *víctimas de violencia doméstica*, aunque, da un paso adelante, ampliando tal protección a *las víctimas de violencia sexual*. Esto, en respuesta a la realidad de la violencia sexual y de género que se vive en el país.

En ese sentido, otro importante paso también se da en cuanto a la protección a las víctimas de infracciones penales; pues, por primera vez en el país, y con rango constitucional, se dispone (art. 78):

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Del texto citado se colige un énfasis en garantizar la no revictimización de las víctimas de violencia sexual que acuden al sistema de justicia penal; esto, por cuanto el mismo se refiere en forma particular a “la obtención y valoración de las pruebas”, lo cual ha sido una constante de revictimización, principalmente, en los casos procesados por delitos de violación, no sólo en Ecuador sino a nivel internacional, tanto así que, como se revisó en el capítulo II, las *Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* contienen reglas específicas al respecto y dan pautas a los Estados para un mejor tratamiento y análisis de los elementos probatorios que se recaben en casos de violencia sexual.

Esta disposición constitucional también incorpora los mandatos de instrumentos internacionales y de organismos de protección de derechos humanos (como la CIDH y la

demás Participantes del Proceso Penal, publicado en el Registro Oficial N° 671, de 26 de septiembre de 2002, en cumplimiento del mandato del art. 219 de la Constitución de 1998; reglamento que en 2007 fue sustituido por otro, el que a su vez fue reemplazado por el *Reglamento para el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal*, publicado en el Registro Oficial N° 219, segundo suplemento, de 04 de abril de 2014 y que oficialmente circuló el 08 de abril de 2014.

⁷⁵⁶ Publicada en el Registro Oficial N° 449, de 20 de octubre de 2008.

Corte IDH) respecto a la necesidad de la reparación integral a las víctimas, concepto en el cual se incluye el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

De ahí que constituye una disposición clave en la evolución normativa de los derechos de las víctimas de infracciones penales, puesto que delinea los mecanismos que garanticen el respeto de éstos dentro del proceso; lo cual se plasmaría en el Código Orgánico Integral Penal de 2014, conforme se verá más adelante.

Adicionalmente, la Constitución de 2008, a más de ratificar el rol fundamental de la Fiscalía en el proceso penal, dispone que, durante éste, la Fiscalía ejerza la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, “con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas”.⁷⁵⁷ Es decir, se amplía el contenido y el alcance del *ius puniendi*, privilegiando como reacción frente al delito no sólo el interés y *statu quo* de la sociedad sino la protección de los derechos de las víctimas. Con lo cual se marca la pauta para la transformación del Derecho Procesal Penal en relación a la tutela judicial efectiva que merecen las víctimas del delito y el respeto de sus derechos dentro del proceso penal. Es decir, por disposición constitucional la actuación de la Fiscalía está orientada a la garantía de los derechos de las víctimas.

Sobre esta base, el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009,⁷⁵⁸ y sus posteriores reformas, en relación a las víctimas participantes en el proceso penal, dispone que es competencia de las juezas y jueces de garantías penales, entre otras, *garantizar los derechos de la persona procesada y de la víctima durante las etapas procesales*, de conformidad con las facultades y deberes que le otorga la ley (art. 225.1); así como, el cumplimiento de los principios rectores de la Función Judicial que consagra

⁷⁵⁷ Constitución 2008, art. 195. Este artículo también dispone que, para cumplir sus funciones, la Fiscalía, entre otras acciones, “dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal”. Este mandato es ratificado en el art. 198 que agrega que dicho sistema funcionará con la obligatoria participación coordinada de las entidades públicas afines a los intereses y objetivos del sistema y la participación articulada de organizaciones de la sociedad civil; y que se regirá por los principios de accesibilidad, responsabilidad, complementariedad, oportunidad, eficacia y eficiencia.

⁷⁵⁸ Publicado en el Registro Oficial N° 544, suplemento, de 09 de marzo de 2009, dando cumplimiento a la Disposición Transitoria Primera de la Constitución. Este Código reemplazó a la ya obsoleta Ley Orgánica de la Función Judicial de 1974.

el mencionado Código, los que buscan una justicia al alcance de cualquier persona y colectividad y garante de los derechos. Siendo aplicable, en especial, el principio de tutela judicial efectiva de los derechos,⁷⁵⁹ y los principios conexos, como son los de imparcialidad, gratuidad, dispositivo, inmediación y concentración, celeridad, probidad y obligatoriedad de administrar justicia, tal como se analizó en el subtítulo correspondiente al tratamiento jurídico de la tutela judicial efectiva.

Además, este Código ratifica el mandato constitucional de la Defensoría Pública de garantizar la defensa pública especializada para las *mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia*, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas, (art. 286.6); y el mandato de la Fiscalía General del Estado de *organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas*, testigos y otros participantes del proceso penal, puntualizando que toda actuación en materia de protección se regirá por los principios de voluntariedad, reserva, investigación, vinculación, dirección y temporalidad, y que el ingreso al sistema se reglamentará en el marco de estos principios y obligaciones “estableciendo mecanismos no revictimizantes y de respeto a los derechos fundamentales de las personas involucradas” (arts. 282.9 y 295).

Poco después, sobre la misma base constitucional, se publicaron algunas reformas al Código de Procedimiento Penal,⁷⁶⁰ mediante las cuales se introdujeron diferentes mecanismos jurídicos para garantizar a las víctimas de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar, por un lado, su participación en el proceso penal y, por otro, que su caso será investigado y sancionado conforme al deber de diligencia debida que tiene el Estado en el tratamiento de los casos de violencia contra la mujer y, en general, en todos los procesos de administración de justicia.⁷⁶¹ Entre tales mecanismos estaban la *conversión*,⁷⁶² los *acuerdos de reparación*,⁷⁶³ el *principio de oportunidad*⁷⁶⁴ y la

⁷⁵⁹ El Código Orgánico de la Función Judicial consagra veintisiete principios desarrollados en los arts. 4 a 31.

⁷⁶⁰ Promulgadas en el Registro Oficial N° 555, suplemento, de 24 de marzo de 2009.

⁷⁶¹ Arts. 66.3.b y 172 de la Constitución y art. 7.b. de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por el Ecuador.

⁷⁶² Art. 37.

⁷⁶³ Art. innumerado a continuación del art. 37.

⁷⁶⁴ Art. innumerado tercero a continuación del art. 39.

*suspensión condicional del procedimiento*⁷⁶⁵ de los cuales expresamente se excluía, entre otros, a los delitos sexuales y de violencia intrafamiliar.

Estas reformas también introdujeron algunas medidas de protección para garantizar la participación de las víctimas en el proceso penal: la *recepción de los testimonios urgentes* de, entre otros, las *víctimas de violencia sexual*, testimonios que surtirían eficacia probatoria en la etapa de juicio;⁷⁶⁶ la adopción, por parte de la Fiscalía, de las *medidas de amparo* previstas en el Sistema y Programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal⁷⁶⁷ cuando no se ordenare la prisión preventiva del procesado y se estableciera que la libertad de éste podría poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica de la víctima, testigos o de otras personas;⁷⁶⁸ la *prohibición de que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas* o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a éstas o algún miembro de su familia, en los casos de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes.⁷⁶⁹

Así mismo, se ampliaron las competencias de los jueces de garantías penales para que también garanticen los derechos del ofendido (víctima), determinen el monto de los daños y perjuicios causados para garantizar la reparación a los ofendidos, ejecuten la sentencia condenatoria en lo referente a la reparación económica,⁷⁷⁰ y, fijen en la misma sentencia el monto de los daños y perjuicios causados.⁷⁷¹

Es decir, estas reformas incorporaron en el proceso penal los postulados constitucionales establecidos en 2008 para dar mayor protagonismo y protección a las víctimas de infracciones penales, principalmente, a las de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, y sentaron las bases para que, en 2014, el asambleísta haga lo propio en el

⁷⁶⁵ Art. innumerado segundo a continuación del art. 37.

⁷⁶⁶ Art. 119.

⁷⁶⁷ Estas medidas, entre otras, eran: acogida inmediata en un lugar distinto al medio habitual de la víctima, protección de la policía comunitaria, protección policial permanente.

⁷⁶⁸ Art. 167.

⁷⁶⁹ Art. innumerado a continuación del art. 167.

⁷⁷⁰ Art. 27.

⁷⁷¹ Art. 31.

Código Orgánico Integral Penal, conforme se analizará con detenimiento en el siguiente subtítulo.

En suma, a partir del 2000, con la promulgación y posterior aplicación del Código de Procedimiento Penal, que instauró el sistema acusatorio y le dio a la víctima la categoría de sujeto procesal, se comienza a operar en Ecuador un giro en la administración de justicia penal orientada hacia el respeto de los derechos de las víctimas del delito; lo cual se consolida en 2008, con la promulgación de la vigente Constitución que delineó los mecanismos para garantizar el respeto de tales derechos y amplió el contenido y el alcance del *ius puniendi* hacia la protección de los derechos de las víctimas, reflejo de lo cual es la normativa procesal penal que se desarrolló desde entonces hasta el 2014, en que se promulgó el Código Orgánico Integral Penal, cuerpo normativo que contiene una reforma integral del sistema de justicia penal bajo un mismo eje articulador: garantizar los derechos de las personas, en consonancia con los mandatos constitucionales.⁷⁷²

3.4. Los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual en el proceso penal: cómo se efectiviza la tutela judicial

En Ecuador, la protección judicial a las víctimas de infracciones penales tiene rango constitucional desde 2008, cuando en el art. 78 de la Carta Magna el Constituyente dispuso que éstas gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación, así como que se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado; y que se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales. Disposición constitucional que marca un hito en la defensa de los derechos de las víctimas.

⁷⁷² Al menos así lo establece la parte final de la exposición de motivos del COIP.

En armonía con la Constitución, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece que las personas intervinientes en el proceso penal -entre ellas las víctimas-⁷⁷³ son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución⁷⁷⁴ y los instrumentos internacionales.⁷⁷⁵ Adicionalmente, incorpora de forma expresa en el art. 11 un conjunto de derechos que les asiste a las víctimas en la fase de investigación previa y en las posteriores etapas del proceso penal, los cuales se complementan con otras disposiciones procesales garantistas de los derechos de las víctimas, con el objetivo de dejar en el pasado el tratamiento que se les daba como objetos funcionales a los fines del proceso penal; lo cual constituye, sin duda, uno de los avances centrales en el reconocimiento de las víctimas como sujetos de derechos.

Más allá de lo señalado, corresponde analizar si, tanto en el plano formal como en el material, los derechos de las víctimas de delitos sexuales están tutelados en el proceso penal ecuatoriano; lo cual implica, además, un cambio de actitud y de prácticas judiciales que les garantice a estas víctimas la igualdad y no discriminación en el acceso a la administración de justicia y durante el proceso penal hasta la reparación integral del daño.

En principio, art. 1 del COIP establece que una de las finalidades de este cuerpo normativo es la *reparación integral de las víctimas*; es decir, se reconoce que las víctimas de infracciones penales han sufrido un daño y una vulneración de sus derechos que deben ser reparados en forma integral. Esto tiene un significado especial en el caso de las víctimas de delitos sexuales por cuanto han sufrido el ilícito penal en su cuerpo, mente y dignidad humana; a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de víctimas de delitos contra la propiedad de bienes muebles o inmuebles. De ahí la importancia de que tanto la Constitución como la ley, establezcan un tratamiento procesal especial para las víctimas de delitos de naturaleza sexual.

⁷⁷³ Según el art. 439 del COIP son sujetos del proceso penal: 1. La persona procesada; 2. La víctima; 3. La Fiscalía; y 4. La Defensa.

⁷⁷⁴ Entre ellos: la igualdad formal, la igualdad material y no discriminación (art. 66.4), la tutela judicial efectiva (art. 75), el debido proceso (art. 76), la protección especial y su no revictimización (art. 78), la seguridad jurídica (art. 82), la debida diligencia (art. 172).

⁷⁷⁵ Esto es, los derechos analizados en el capítulo II del presente trabajo.

¿A quiénes considera víctimas el COIP? Considera como tales a:⁷⁷⁶

1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.

2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.

3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior.

4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores.

6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción.

7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos.

8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

Es decir, para el COIP víctimas son quienes directa o indirectamente han sufrido algún daño o perjuicio a un bien jurídico (vida, integridad personal, integridad sexual, etc.) como consecuencia de la infracción penal; ya sean personas naturales (físicas), jurídicas o el Estado, hayan sufrido afectación de forma individual o colectiva e, incluso, quienes tienen interés directo en las infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, por ejemplo, en los casos de daños ambientales. Por consiguiente, se trata de una acepción amplia de víctimas que incluye una vasta gama de comportamientos delictivos que podrían lesionar una diversidad de bienes jurídicos protegidos penalmente.

⁷⁷⁶ Art. 441.

Las *víctimas directas de los delitos de naturaleza sexual* están expresamente referidas en el numeral 2 de esta disposición puesto que producto del ilícito penal han sufrido no sólo agresión sexual sino también física y psicológica, así como el estigma y otros daños o perjuicios a sus derechos. Las *víctimas indirectas* de estos delitos, están particularizadas en los numerales 3 y 4 que señalan como tales a quienes compartan el hogar de la persona agredida, a la o el cónyuge o pareja en unión libre, independientemente si son parejas del mismo sexo; y, a los ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad (hijo/a, nieto/a, padre, madre, hermano/a, abuelo/a, suegro/a, yerno/nuera) de las víctimas directas. Esto, obviamente, si ninguna de estas personas son las infractoras, puesto que, como lo han demostrado varios estudios e investigaciones,⁷⁷⁷ en un gran porcentaje de delitos sexuales son los parientes cercanos a la víctima (padres, hermanos, padrastros y otros familiares) los que perpetran este tipo de delito. Con todo, las víctimas indirectas particularizadas en los numerales 3 y 4, lo son en razón del sufrimiento, angustia e inseguridad, padecidos a causa de lo ocurrido a su ser querido (víctima directa) o a causa de la impunidad del hecho; padecimientos que la Corte IDH ha considerado como una violación, entre otros, del derecho a la integridad personal de éstas víctimas.⁷⁷⁸

Adicionalmente, acogiendo el Principio 9 de los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, de las Naciones Unidas, el COIP dispone que la condición de víctima es independiente a que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condene al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con éste; es decir, basta que una persona haya sufrido, directa o indirectamente, algún daño o perjuicio a un bien jurídico como consecuencia

⁷⁷⁷ Entre ellos, la *Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*, realizada por el INEC en 2011, *supra* nota 575.

⁷⁷⁸ Véase, Corte IDH, *caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párrs. 171 y 174; *caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 165; *caso Molina Theissen vs. Guatemala*, sentencia de 4 de mayo de 2004 (Fondo), párr. 44; *caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 118 y 119; *caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 111-115; entre otros.

de una infracción penal para que sea considerada víctima, con independencia de que el autor de la violación sea o no individualizado, procesado o condenado y/o con independencia del vínculo familiar que haya tenido con éste. Lo cual deja abierta la posibilidad de que, en estas circunstancias, la víctima tenga derecho a la reparación por el daño causado, independientemente de que intervenga o no en el proceso.

Sobre esta base, el art. 11 del COIP reconoce a las víctimas de infracciones, en todo proceso penal, el ejercicio de un conjunto de derechos específicos que constituyen el marco general de protección como interviniente procesal y que, además, sustentan otras disposiciones con el mismo propósito. Estos derechos deben ser garantizados, de acuerdo a sus funciones y deberes, por todos los operadores del sistema de justicia que tengan contacto con las víctimas en las diferentes etapas del proceso, incluida la fase pre procesal, esto es: policías, fiscales, defensores/as públicos/as, peritos, jueces y juezas, entre otros. Conforme al art. 11 del COIP las víctimas de infracciones penales tienen los siguientes derechos:

3.4.1. Derecho a participar en el proceso o no hacerlo o dejar de hacerlo en cualquier momento de conformidad con las normas del COIP y, en ningún caso, ser obligada a comparecer (art. 11.1).- Este derecho toma en cuenta el hecho cierto de que para determinadas víctimas, como las de delitos sexuales, participar en el proceso penal se torna difícil por razones de diversa índole (sociales, familiares, económicas, culturales), entre ellas: evitar revivir el momento de la infracción; evitar que el momento traumático de la agresión sexual sea expuesto a la luz pública; evitar ser estigmatizada, señalada o culpabilizada por la agresión; evitar la posibilidad de volver a ver a su victimario; evitar la comparecencia a un juicio para no ser revictimizada (maltratada) durante el proceso penal; evitar la confrontación familiar cuando el agresor (como por lo general ocurre en estos delitos) es un pariente o miembro del núcleo familiar. Razones que inciden para que las víctimas opten por no llevar su caso a las instancias judiciales.

Además, con la incorporación de este derecho se reconoce que no todas las víctimas están en posibilidades emocionales, psicológicas y/o económicas⁷⁷⁹ para soportar el proceso penal hasta su terminación, viéndose precisadas a separarse del mismo

⁷⁷⁹ En ocasiones, las víctimas no cuentan con los recursos económicos para movilizarse hasta las dependencias policiales, fiscales o judiciales o no disponen del permiso patronal para hacerlo.

durante su desarrollo; de ahí que, conforme a este derecho, en ningún caso, serán obligadas a comparecer al proceso. Es decir, por primera vez, se considera a la víctima como sujeto de derechos y se respeta su sentir y su decisión respecto de participar o no en el proceso, dejando a un lado la anterior percepción de que ésta debía comparecer al proceso como objeto de prueba a fin de que el Estado tenga elementos para castigar al culpable de la infracción.

El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal lleva implícito el acceso a la justicia; sin las posibilidades de tal acceso el Estado no les puede garantizar su participación en el proceso para que se determine su derecho a la reparación y protección. El acceso a la justicia, por tanto, es un medio para que las víctimas de delitos contra la integridad sexual reclamen sus derechos establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y el COIP.

Sin embargo, en la práctica, las víctimas pueden enfrentar diferentes formas de discriminación o exclusión en el sistema de justicia penal cuando buscan acceder a la justicia, lo que les obliga a desistir de participar en un proceso penal. Así por ejemplo, pese a las capacitaciones recibidas en la materia,⁷⁸⁰ ciertos operadores de justicia, de entrada, ponen en duda su versión de los hechos,⁷⁸¹ cuestionan su comportamiento,⁷⁸²

⁷⁸⁰ Según información proporcionada, a pedido expreso de la autora de este trabajo, por la Ab. Patricia Andrade Baroja, Directora Nacional de la Escuela de la Función Judicial, (constante en oficio CJ-EFJ-2015-2725, de 28 de diciembre de 2015) la Escuela de la Función Judicial, desde el 7 de diciembre de 2014 hasta el segundo semestre de 2016, ha ejecutado un total de 9 capacitaciones sobre esta temática para operadores de la Función Judicial, a saber: 2 talleres virtuales sobre *Introducción al abordaje integral de la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar*, de 16 y 18 horas académicas respectivamente, dirigidos a 392 jueces de la niñez, 272 fiscales, 92 defensores públicos y 310 funcionarios de las Oficinas Técnicas de los Juzgados de la Niñez; 2 talleres virtuales sobre *Abordaje integral de la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar*, de 72 y 52 horas académicas respectivamente, dirigidos a 1563 jueces, fiscales y defensores y a 1288 secretarios y ayudantes judiciales; 1 taller virtual sobre el *Reglamento de actuaciones judiciales para hechos y actos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar*, de 10 horas académicas, dirigido a 241 jueces y 743 fiscales; 1 capacitación presencial de 4 horas académicas y 1 capacitación virtual de 24 horas académicas impartidas a notarios sobre *Igualdad y no discriminación en el Ecuador*; 1 capacitación virtual de 20 horas académicas, sobre *Interculturalidad y Justicia Indígena*, dirigida a 400 jueces, secretarios y ayudantes judiciales de las provincias de Cañar, Chimborazo, Tungurahua, Morona Santiago, Imbabura y Loja); y, 1 capacitación virtual sobre *Formas extremas de violencia de género (trata y femicidio)*, de 45 horas académicas, dirigida a 1990 jueces, fiscales y defensores.

⁷⁸¹ En la sentencia de 18 de diciembre de 2012 emitida dentro del juicio N° 334-2011, la Sala Temporal Especializada de la Corte Nacional de Justicia, al analizar cómo la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Loja, en la sentencia emitida dentro del proceso N° 11121-2011-0033 seguido por el delito de violación, duda de la veracidad del testimonio de la víctima y “duda inclusive sobre el valor significativo de la certeza”, encuentra que “Deviene irracional y grosero, pensar que una víctima de un delito de

consideran que sus denuncias son problemas menores o restan valor a la prueba;⁷⁸³ lo cual da cuenta de la falta de sensibilización, capacitación o la capacitación insuficiente en derechos humanos, género e investigación con perspectiva de género de estos operadores, lo cual constituye una tarea permanente de los órganos de la Función Judicial, principalmente del Consejo de la Judicatura, su órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina.

Además, el sistema de justicia aún no se ha adaptado a las necesidades especiales de determinadas víctimas, como las que adolecen de alguna discapacidad, y no ha puesto a su disposición los medios necesarios para que accedan a la justicia a nivel nacional: traductores o intérpretes, por ejemplo.⁷⁸⁴ Cabe indicar que según la *Encuesta Nacional*

violación sexual, de la edad de doce años, podría explicar a los jueces la exactitud de las fechas, día y hora en que se han cometido las infracciones producidas en forma reiterada, al pretender que la niña posea igual o mejorada memoria que poseen los adultos, cuando ni siquiera podía pensar como adolescente tomando en cuenta su desarrollo físico y psicológico, sus condiciones de vida, lo que denota prejuicio en la mente del tribunal juzgador de la Sala, que conforme los requisitos actuales para asumir una judicatura constituye un impedimento fatal”. Sentencia disponible en http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/temporal_penal/2012/Resolucion%20078.%20334-2011.pdf. En igual sentido véanse las sentencias de 30 de enero de 2014, dentro del juicio N° 848-2012-GTS, y de 8 de agosto de 2013, dentro del juicio N° 116-2012-WM, emitidas por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en las cuales el tribunal de casación repara en cómo el juzgador de segundo nivel desacredita o pone en duda, según el caso, el testimonio de la víctima adulta. Sentencias disponibles en <https://vlex.ec/vid/593106934> y en http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2013jn/R895-2013-J116-2012-VIOLACION.pdf.

⁷⁸² “Recuerdo un caso en donde se re victimizó no en la Judicatura sino en la Indagación Previa en la Fiscalía, en la que lamentablemente la Fiscal de ese entonces recibió 4 veces la versión de la víctima, incluso haciendo preguntas cuestionando su vida privada y decisión tomada”. Expresiones de la Dra. Karen Duque Jironza, Fiscal de Violencia de Género de Esmeraldas, en respuesta a preguntas formuladas por la autora del presente trabajo, el 19 de noviembre de 2015.

⁷⁸³ En el juicio N° 334-2011, *supra* nota 781, la Sala Temporal Especializada de la Corte Nacional de Justicia, al analizar la sentencia de la Sala de instancia, encuentra que, en relación a la experticia realizada por la profesional que practicó el examen médico legal a la víctima, “está claro que si la perito no encontró lesiones físicas se refiere a la parte general de la niña examinada, pero especifica que en la región genital encontró himen con desgarros parciales, indicando que la menor tenía un himen semielástico; que el himen en su orificio era de dos centímetros que permitía la introducción de mi persona (menciona la perito) y los jueces de sentencia en una clara acción de ironía que denota desprecio al hecho puesto a su conocimiento, sugieren que es imposible que físicamente una persona se introduzca en un orificio de dos centímetros, cuando para una persona con un nivel básico de inteligencia, podía darse cuenta que la expresión de la Perito no fue adecuada, pero que para la inteligencia, conocimiento y experiencia del juez, no puede ser menospreciada o mal entendida, peor con notas de sarcasmo procurar restar valor de la prueba y urgir la impunidad u obrar inclinándose del lado del delito”.

⁷⁸⁴ Aunque, en un importante esfuerzo por parte del Consejo de la Judicatura y del Consejo Nacional para la Igualdad de las Discapacidades a fin de lograr el acceso a la justicia de estas personas, desde el 30 de noviembre de 2015, los administradores y operadores de justicia cuentan con el “Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial”, que incluye un Protocolo de atención a

sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres realizada en el 2011 por el INEC, la incidencia de la violencia sexual hacia las mujeres que señalaron tener algún tipo de discapacidad permanente es mayor con respecto a aquellas que no las tienen (34,6% frente a 25,4%, es decir, un porcentaje superior en 9 puntos); evidenciándose una doble vulnerabilidad y discriminación por las construcciones de género y por su condición de personas con discapacidad. Lo que requiere de medidas específicas para el acceso a la justicia de estas mujeres para que la violencia que sufren no quede en la impunidad.

En otros casos, no existe la debida diligencia en el momento de receptar la denuncia de la víctima; o en la práctica de peritajes forenses; o en la cadena de custodia para preservar los indicios de la infracción; o en la custodia y no difusión de la información o medios de prueba recolectados durante la investigación; o en la investigación integral.⁷⁸⁵ Por lo que el Estado ecuatoriano está en la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que estos obstáculos que inciden en el acceso a la justicia y en la participación de las víctimas en el proceso penal sean superados y para que sus derechos se lleven a la práctica.

Ahora bien, una vez que se ponga a disposición de las víctimas de infracciones penales todos los mecanismos para que accedan a la justicia y, en efecto, accedan a la misma, corresponde al Estado protegerla durante el proceso penal, tutelarla para que sus derechos sean respetados y su verdad sea escuchada. En ese sentido, el COIP ha incorporado un conjunto de normas orientadas a que en el proceso penal se apliquen los procedimientos y actuaciones que mejor garanticen los derechos de las víctimas, es decir, se trata de una *normativa pro víctima*, en unos casos desarrollada sobre la base de la anteriormente existente y, en otros, sin precedentes en la legislación penal ecuatoriana; normativa en la que, para determinados procedimientos, se enfatizan los derechos de las víctimas de violencia sexual, como mecanismo de protección especial.

personas con discapacidad en procesos penales. Este manual está disponible en <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/524.html>.

⁷⁸⁵ En cuanto a la investigación en su integralidad, por ejemplo, son ilustrativos los procesos por femicidio 18282-2014-4597 y 18102-2014-0150, publicados en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), cuyo análisis arroja que la escena del crimen no fue adecuadamente custodiada, ni todas las pruebas fueron preservadas, custodiadas, practicadas u ordenadas, según el caso; entre otras falencias procesales.

Así, según esta normativa, la víctima como persona natural podrá presentar acusación particular por sí misma o a través de su representante legal (art. 432.1); sin perjuicio de la facultad de intervenir por cualquiera de estas formas en todas las audiencias señaladas en el proceso, a excepción de la audiencia de juicio, a la cual deberá comparecer personalmente, de lo contrario se declarará abandonada la acusación particular, correspondiéndole a la o el fiscal continuar con el impulso del proceso (art. 433.6).

Presentada la acusación particular, la víctima podrá desistir expresamente de ésta en cualquier momento (art. 433.5); sin embargo, no podrán desistir los padres que actúan en representación de las o de los hijos menores de 18 años de edad víctimas de delitos así como las o los tutores o curadores de éstos (art. 437), esto por cuanto se trata de precautelar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes víctimas de infracciones penales, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y Adolescencia.⁷⁸⁶ Adicionalmente, no se admite la renuncia al derecho de proponer acusación particular en los casos de delitos contra la integridad sexual (art. 438, inciso final), pues se trata de un derecho irrenunciable en tales casos, que enfatiza en la importancia de la participación de la víctima de estos delitos en el proceso penal sin perjuicio de que desista de esta acusación y de que la Fiscalía continúe con el impulso de la causa sin la participación de la víctima, puesto que los delitos contra la integridad sexual son de acción penal pública, cuyo ejercicio corresponde a la Fiscalía (art. 410); a excepción del estupro, delito que, según dispone el art. 415 del COIP, es un delito de ejercicio de acción privada, esto es, que los representantes de la víctima tienen el poder exclusivo de iniciar la acción penal y reclamar la reacción del aparato estatal.⁷⁸⁷

Otros de los mecanismos que el COIP establece para tutelar los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual que acceden a la justicia es el establecimiento de que, en estos delitos, no procede: 1. La aplicación del *principio de oportunidad*, es decir, que el fiscal se abstenga de iniciar la investigación penal o desistir

⁷⁸⁶ Arts. 3 de la Convención y 11 del Código.

⁷⁸⁷ Como se señaló en el subtítulo 3.2., el estupro es un delito contra la integridad sexual cuyo bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas en razón de ser adolescentes, por lo que el ejercicio de la acción penal mal se puede dejar a la iniciativa de sus representantes; tanto más, si el Estado está en la obligación de proteger y atender a estos/as adolescentes en razón de su menor edad y de su situación de vulnerabilidad.

de la ya iniciada (art. 412, inciso final); 2. La *suspensión condicional de la pena* (art. 630.4); y, 3. La *conciliación* (art. 663, inciso final); esto por cuanto se trata de delitos graves que responden a una matriz sociocultural y estructural de discriminación de la mujer, que vulneran los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencia sexual y que el Estado ecuatoriano, en virtud de la ratificación de la Convención de Belém do Pará y lo dispuesto en el art. 66, literales a. y b., de la Constitución,⁷⁸⁸ está en la obligación de prevenirlos, investigarlos y sancionarlos, bajo el principio de la debida diligencia. En el caso particular de la conciliación esta tutela además estaría orientada a proteger a las víctimas de delitos contra la integridad sexual de la revictimización a la que, de seguirse este procedimiento, quedarían expuestas al estar frente a frente con sus agresores y, con ello, verse obligadas a recordar o revivir el momento traumático de la infracción, aumentando las psicopatologías que el hecho violento generó en las víctimas, especialmente en las víctimas del delito de violación.⁷⁸⁹

⁷⁸⁸ El art. 7, literal b., de la Convención de Belém do Pará, dice: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. El art. 66 de la Constitución dispone: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. [...]”.

⁷⁸⁹ Sin desconocer las potencialidades que los mecanismos de la justicia restaurativa ofrece para la solución de conflictos así como el papel central que se le otorga a las víctimas dentro de estos procesos, en el caso de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, y en general en los delitos generados por la violencia de género, la aplicación de estos mecanismos es inconveniente, a más de las razones antes expuestas, por cuanto en un proceso de mediación o conciliación las víctimas de violencia sexual (por lo general mujeres, niños y niñas) no están en condiciones de igualdad en relación con el infractor (por lo general un hombre y familiar) debido a la desigualdad estructural que sufren las mujeres por el hecho de ser tales y por su propia condición derivada de la relación de poder que genera este tipo de delito; además de que se las expondría a ser presionadas a que acepten la conciliación (como ocurriría en los casos en que los agresores son familiares, conocidos o personas con buena situación económica) para que el infractor se beneficie del mecanismo y, por qué no decirlo, propiciar la impunidad, generando lo contrario de lo que se busca. Sobre las potencialidades y riesgos de la justicia restaurativa, en general, véase Daniela Bolívar, “La víctima en la justicia restaurativa: reflexiones desde una perspectiva psico-social”, en Inés Olaizola Nogales y Paz Francés Lecumberry, coords., *Jornadas de Justicia Restaurativa*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra/UNAME, 2011, en [https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/339000/1/Bolivar,+D.+\(2011\)+La+v%C3%ADctima+en+l+a+justicia+restaurativa.pdf](https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/339000/1/Bolivar,+D.+(2011)+La+v%C3%ADctima+en+l+a+justicia+restaurativa.pdf).

En este punto es preciso señalar que el Derecho Penal, sin ser la única ni la principal respuesta frente a la violencia de género, es un instrumento del Estado para responder frente a esta violencia. En ese sentido, el art. 52 del COIP establece que uno de los fines de la pena es “la prevención general para la comisión de delitos”; es decir, en Ecuador, una parte de la prevención, aunque no la principal, en casos de violencia de género, la cumplen las penas -no siempre de forma eficaz- al advertir o disuadir al conjunto de la sociedad que no delinca, que es necesario someterse a la ley puesto que la consecuencia de no hacerlo es una pena; esto, obviamente, tomando en cuenta los límites impuestos al poder punitivo del Estado.⁷⁹⁰

No se debe olvidar que en Ecuador es alarmante el índice de violencia de género (cada 50 horas una mujer es violentamente asesinada⁷⁹¹); por ello, la prevención general en materia penal y la prevención en general en materia de políticas públicas son necesarias en caso de violencia de género.

En consecuencia, no sólo a través de las penas establecidas para estos delitos sino también mediante un conjunto de medidas de prevención, básicamente educativas, el Estado ecuatoriano debe enviar mensajes claros a la sociedad de que la violencia contra la mujer en cualquiera de sus formas está prohibida y que no se la tolera bajo ninguna circunstancia; al no hacerlo, estaría enviando el mensaje contrario, esto es, que dicha violencia está permitida.

Frente a esta realidad, la mayoría de organizaciones de mujeres ecuatorianas -a las que la autora de este trabajo se adscribe-, reivindican el uso del Derecho Penal de forma real y/o simbólica como mecanismo para visibilizar y poner sobre el tapete de la discusión la problemática de la violencia a la que están sometidas las mujeres por el

⁷⁹⁰ Límites que se traducen, entre otros, en los siguientes principios: de dignidad de la persona humana, legalidad, igualdad material ante la ley, proporcionalidad, razonabilidad, necesidad de intervención, culpabilidad, lesividad. Sobre el tema véase con más detalle a Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2ª ed., 2003, pp. 108-148; y, Carlos Sánchez Escobar, “Los Principios del Sistema Penal”, en *Límites Constitucionales al Derecho Penal*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004, pp. 2-164.

⁷⁹¹ Según datos del Colectivo de Geografía Crítica de Ecuador, recabados de organizaciones de mujeres y feministas que trabajan con víctimas de violencia de género, la Red Nacional de Casas de Acogida para Mujeres Víctimas de Violencia, Fiscalía, CEDHU, medios de comunicación y fuentes estadísticas oficiales, del 1 de enero al 2 agosto de 2017, 103 mujeres fueron víctimas de femicidio en Ecuador. En <https://geografiacriticaecuador.org/2017/08/08/manifiesto-geografico-contra-violencia-hacia-las-mujeres/>.

hecho de ser tales, violencia que la sociedad patriarcal ha naturalizado; esto, sin desconocer los problemas que el sistema punitivo plantea.⁷⁹²

Volviendo al derecho en estudio, para tutelar el acceso a la justicia y la participación procesal de las víctimas de delitos contra la integridad sexual el COIP determina que la o el juzgador dispondrá, a pedido de la o el fiscal, de la o el defensor público o privado o de la víctima, medidas especiales orientadas a facilitar el testimonio de la víctima y en particular si estas son niñas, niños, adolescentes⁷⁹³ o adultas mayores (art. 510.3). Para reforzar esta disposición, el COIP además dispone que cuando se recepte la versión o testimonio de las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, éstos tendrán derecho a que su comparecencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, para lo cual se utilizarán elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez; la grabación de la declaración en la audiencia de juicio se incorporará como prueba (art. 504). Cuando se trata de niños y niñas, especialmente en casos de delitos de naturaleza sexual, una de las medidas orientadas a facilitar su testimonio son el uso de muñecos sexuales⁷⁹⁴ para que las víctimas, con la asistencia de un profesional en psicología, “relaten” la forma como

⁷⁹² Entre ellos, el cuestionable efecto rehabilitador de las penas privativas de la libertad; pese a que, por mandato de los arts. 201 y 203.2 de la Constitución, uno de los fines del sistema de rehabilitación social es la “rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad”.

⁷⁹³ Por regla general, si la víctima es niño, niña o adolescente declarará sin juramento pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio (art. 502.5 del COIP).

⁷⁹⁴ También llamados muñecos anatómicos. Son muñecos de paño o tela diseñados con la anatomía del hombre o la mujer, del niño o la niña, que están provistos de todas las partes del cuerpo humano y de la representación de los órganos sexuales masculinos o femeninos, según el caso. Constituyen una herramienta psicológica para evaluar el testimonio o el relato de niños o niñas en un posible caso de violencia sexual. Su uso se recomienda cuando la presunta víctima tiene algún tipo de discapacidad (intelectual, auditiva, del habla, etc.), vergüenza o dificultad (por lo general de lenguaje, dada su corta edad) que le impide explicar que sido víctima de un delito de naturaleza sexual, por lo que se recurre a los muñecos como un canal para que la presunta víctima pueda comunicar los tocamientos o abusos de que ha sido objeto. Sobre el tema véase, José Catón Duarte y María Cortés Arboleda, *Guía para la evaluación del abuso sexual infantil*, Madrid, Pirámide, 1ª ed., 2000; C. Jiménez Cortés y C. Martín Alonso, *Valoración del testimonio en abuso sexual infantil (A.S.I.)*, en Cuadernos de Medicina Forense, 12 (43-44), Sevilla, enero-abril 2006, pp. 83-102, en <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/07.pdf>; Felipe Bravo Mercado, *Muñecos anatómicamente correctos en el peritaje psicológico en delitos sexuales infantiles*, en Revista de Psicología, Universidad Viña del Mar, vol. 4, N° 7, 2014, pp. 22-32, en <http://sitios.uvm.cl/revistapsicologia/revista/07.02.munecos.pdf>.

ocurrió la agresión sexual; testimonio que es receptado en entrevista única y de manera urgente en cámara de Gesell, según el protocolo aprobado por la Fiscalía.⁷⁹⁵

En ese orden de ideas, otro de los mecanismos para facilitar el acceso a la justicia que dispone el COIP es la recepción del testimonio de la víctima como prueba anticipada (art. 502.2), lo cual constituye una excepción al principio general de que el anuncio y práctica de pruebas debe ser oportuno, esto es: anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y practicada únicamente en el audiencia de juicio (art. 454.1); sin embargo, en casos excepcionales como en los que intervienen niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad o adultas mayores, víctimas gravemente enfermas, físicamente imposibilitadas, protegidas o las que van a salir el país y demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio o no lo pueden hacer nuevamente en un segundo o ulterior señalamiento (art. 502.2), este anticipo de prueba es fundamental para garantizar el testimonio de la víctima, el cual es clave para establecer la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, sobre todo en casos de acoso o abuso sexual que no dejan huellas físicas en las víctima y que, al igual que los otros tipos de delitos contra la integridad sexual, son considerados *delitos ocultos* puesto que se perpetran de forma clandestina, escondidos, lejos de la luz pública, siendo la víctima la única testigo del hecho.

En cuanto a las investigaciones realizadas en la fase pre procesal, las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses,⁷⁹⁶ la Policía Nacional, y de otras

⁷⁹⁵ Cfr. Protocolo de entrevista única o testimonio urgente de menores en cámara de Gesell, Registro Oficial N° 318, suplemento, de 25 de agosto de 2014, pp. 190-191.

⁷⁹⁶ El Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses fue establecido en el art. 195 de la Constitución y está regulado por los arts. 448 a 450 del COIP y por su propio Reglamento publicado en el Registro Oficial N° 225, suplemento, de 14 de abril de 2014. Este sistema de investigación está dirigido por la Fiscalía y presta servicios especializados de apoyo técnico y científico a la administración de justicia, en todo el territorio nacional, en lo relativo a investigaciones, medicina legal, ciencias forenses y demás materias propias de su ámbito de actuación. Cuenta con personal policial y civil especializado y acreditado por el Consejo de la Judicatura. Tiene entre sus funciones: realizar las diligencias investigativas dispuestas por la Fiscalía; elaborar informes periciales; evaluar y coordinar el cumplimiento de las diligencias investigativas y periciales delegadas al organismo especializado de la Policía Nacional y personal civil de investigación; monitorear la ejecución de las labores investigativas forenses y periciales. Para el desarrollo de su trabajo dispone de manuales, protocolos, instructivos y formatos expedidos por la Fiscalía General del Estado mediante Resolución N° 073-FGE-2014, de 7 de agosto de 2014, publicada en el Registro Oficial N° 318, suplemento, de 25 de agosto de 2014.

instituciones que intervienen en la investigación previa, son reservadas en todos los casos; sólo la víctima, la/s persona/s a la cual/es se investiga y sus abogados/as tendrán acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten. Si el personal de las instituciones que han intervenido en estas actuaciones, divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan, “atentando contra el honor y el buen nombre de las personas en general”, serán sancionados conforme con lo previsto con el COIP (art. 584). Al respecto, el art. 180 *ibídem* sanciona con pena privativa de libertad de uno a tres años a la persona que difunda información de circulación restringida, estableciéndose como tal, entre otras, la “información que está protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la ley” y la “información producida por la Fiscalía en el marco de una investigación previa”; en el mismo sentido el art. 472, numerales 1 y 3 del COIP, ratifican que ésta es información de circulación restringida que no podrá circular libremente. Esta cláusula de reserva de las actuaciones investigativas en la fase pre procesal, impuesta al personal de las instituciones mencionadas, es una garantía tanto para el denunciado como para la denunciante puesto que evita que terceras personas, incluida la prensa, conozcan de las mismas, obstaculicen el curso de las investigaciones, manipulen o filtren la información relativa a medidas cautelares, registros, allanamientos, etc., en ocasiones fundamentales para los fines de la investigación y, fundamentalmente, en el caso de delitos sexuales, para salvaguardar la identidad de la víctima y evitar el estigma y el escrutinio público.

Cabe indicar que el art. 442 del COIP le confiere a la o el fiscal la obligación específica de instruir a la víctima sobre sus derechos y, en especial, sobre su intervención en la causa; en ese sentido, si la víctima no tiene contacto con el o la fiscal por cuanto en su intervención en la causa está asistida de un/a abogado/a particular, le correspondería a éste/a instruirla al respecto, por tanto debería conocer muy bien los derechos de las víctimas.

Finalmente, en relación a este derecho, el COIP también dispone que para la práctica de exámenes corporales en la persona de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, la mujer a quien deba practicárselos podrá exigir la atención de personal de su mismo sexo (art. 465.4); esta disposición es transcendente en el

reconocimiento de los derechos y necesidades de las víctimas de este tipo de delitos por cuanto en los mismos generalmente el infractor es un hombre, así pues, el hecho de que un perito médico de sexo masculino realice estos exámenes en los lugares del cuerpo de la víctima invadidos por el infractor, puede generar en aquella un impacto psicológico indeseable, estrés y su consiguiente revictimización. Siendo lo ideal que quienes practiquen estos peritajes sean mujeres.

3.4.2. Derecho a la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso (art.11.2).- La reparación integral consiste en volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, si esto fuera posible y, si no lo es, subsidiariamente subsanar el daño causado, daño que puede ser material o inmaterial para lo cual hay múltiples maneras de hacerlo, entre ellas la reparación económica.⁷⁹⁷

Sobre la base de lo desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la figura de la reparación integral a las víctimas de infracciones penales fue incorporada en la legislación ecuatoriana a través del art. 78 de la Constitución. En consonancia con este postulado, el art. 1 del COIP señala que “la reparación integral de las víctimas” es una de las finalidades de dicho Código y, más aún, de conformidad con el art. 52 del COIP uno de los fines de la pena es la “reparación del derecho de la víctima”; además, las medidas cautelares y de protección tienen como fin, entre otros, garantizar la reparación integral a las víctimas (art. 519.4). Es decir, la reparación integral a las víctimas es uno de los aspectos centrales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal ecuatorianos orientado a que el infractor asuma su responsabilidad por el daño causado a la víctima y que ésta sea reparada en sus derechos vulnerados con dicho daño.

⁷⁹⁷ Juan Montaña Pinto, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, eds., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: parte especial, garantías constitucionales en Ecuador*, tomo 2, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. 2012, 1ª reimpresión, p. 126.

El derecho a la reparación integral les asiste a las víctimas intervinientes en el proceso penal, incluso, si no presentan acusación particular (art. 432.1). Para hacerla efectiva, el COIP ha previsto que es obligación de las y los juzgadores, cuando pronuncian sentencia condenatoria en forma oral y cuando la reducen a escrito, determinar la reparación integral a la víctima (arts. 621 y 622); siendo uno de los requisitos de la sentencia escrita el que se establezca “la condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda” (art. 622.6).

Esto es positivo en la medida en que la víctima no debe recurrir a otro trámite o acción judicial para obtener la reparación integral, ya que es obligación del juez o jueza establecerlo en sentencia; sin embargo, es negativo desde la perspectiva de la víctima, por cuanto en ningún momento del proceso ésta es consultada sobre lo que desea o lo que para ella sería importante recibir de su agresor que repare en algo el daño generado por el delito, al contrario de lo que ha establecido la CIDH, en relación a que, en el abordaje de las reparaciones desde una perspectiva de género, es fundamental la participación de la víctima por cuanto de esta manera se conoce cuáles son sus necesidades y percepciones en relación a la reparación que espera.⁷⁹⁸

Con todo, para determinar la reparación integral de los daños el COIP precisa dos aspectos: por un lado, que ésta radicaré en “la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas”; y, por otro, que la naturaleza y monto de esta reparación integral “dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado” (art. 77). Es decir, al momento de fijar esta reparación el juzgador/a debe tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y el tipo de afectación ocasionada por el delito; no es equivalente la afectación que sufre la víctima de un delito contra la propiedad que la que sufre la víctima de un delito contra la integridad sexual y, en este último caso, la afectación también variará

⁷⁹⁸ CIDH, *Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, supra nota 443, párr. 107.

según quién o quienes perpetraron el delito, en la persona de quién, cómo y en qué circunstancias se lo consumó.

Adicionalmente, el art. 628 del COIP señala las reglas sobre reparación integral que se deben observar para establecerla, “con la determinación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas”, a saber: 1. Si hay más de un responsable penal, la o el juzgador determinará la modalidad de la reparación en función de las circunstancias de la infracción y del grado de participación en la infracción como autora, autor o cómplice; 2. En los casos en los que las víctimas han sido reparadas por acciones de carácter constitucional, la o el juzgador se abstendrá de aplicar las formas de reparación determinadas judicialmente; 3. La obligación de reparar monetariamente a la víctima tendrá prelación frente a la multa, comiso y a otras obligaciones de la persona responsable penalmente; y, 4. Si la publicación de la sentencia condenatoria es el medio idóneo para reparar a la víctima, correrá a costa de la persona condenada.

Las diferentes formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva a aplicarse por los jueces o juezas, las señala de forma comprensiva el art. 78 del COIP; estas son: 1. *La restitución*: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos; 2. *La rehabilitación*: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines; 3. *Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales*: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente; 4. *Las medidas de satisfacción o simbólicas*: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica; y, 5. *Las garantías de no repetición*: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se

identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.

Estas formas de reparación, de que dispone la o el juzgador para imponer al sentenciado según el caso, son las mismas que señalan los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*; es decir, el COIP se suscribe a ellas y las reproduce para ser aplicadas en el proceso penal ecuatoriano, de manera que el juez o jueza cuente con más elementos al momento de establecer la reparación integral.

En consecuencia, la reparación integral comprende la compensación económica por el daño físico, material o tangible sufrido (*medidas materiales*); el reconocimiento del daño intangible que afecta a la víctima y a su familia, su padecimiento, el impacto emocional y psicológico que incide en su calidad y proyecto de vida,⁷⁹⁹ y que puede tener un efecto devastador, invaluable e, incluso, irreparable en las víctimas, dependiendo del daño sufrido por el delito (*medidas inmateriales*); y, mecanismos de prevención para que no vuelvan a repetirse tales infracciones, lo cual implica la intervención del Estado (*medidas de políticas públicas*).

Es decir, el padecimiento de la víctima genera un costo, incluso económico, (incurre en gastos, deja de percibir ingresos, pierde bienes), pero no es el único; de ahí que la indemnización o compensación económica es un elemento más de la reparación integral, no el principal ni el único, como era considerado antes de la promulgación del COIP. No obstante, en la actualidad, aunque esto poco a poco va cambiando, aún persiste en la mayoría de juzgadores/as la tendencia a determinar en sentencia como reparación integral a la víctima únicamente una compensación monetaria, sin considerar

⁷⁹⁹ El daño al proyecto de vida ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH en las sentencias de los casos *Loayza Tamayo vs. Perú* y *Cantoral Benavides vs. Perú*, principalmente. Para la Corte IDH, el proyecto de vida “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas,” “se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone” e “implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”. Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas), párrs. 147, 148, 150.

las otras posibilidades de reparación integral establecidas en el COIP; con lo cual se corre el riesgo de que, cuando el sentenciado carece de recursos económicos o de bienes para hacer efectivo el pago de dicha compensación, ésta quede reducida a una mera declaración dejando a la víctima sin la posibilidad de exigir el cumplimiento de su derecho a la reparación y sin una necesidad satisfecha.⁸⁰⁰

Esto sin contar que, independientemente de la medida de reparación integral que se fije, el juzgador/a no dispone de una red oficial de entidades públicas o privadas establecidas para ejecutar la medida de reparación dispuesta. O, peor aún, no puede hacer el seguimiento del cumplimiento de la medida de reparación ordenada por no contar ni con el tiempo ni con los recursos ni los mecanismos eficaces para ello.

Siendo este último uno de los aspectos más problemáticos del proceso de reparación integral, más aún cuando el COIP nada establece al respecto. De ahí que, el Consejo de la Judicatura debería subsanar de alguna forma este vacío procedimental; además de capacitar y dotar a los jueces y juezas de las herramientas necesarias para establecer y hacer efectiva la reparación integral a las víctimas de violencia de género y, en particular, de delitos contra la integridad sexual desde una perspectiva de género, tomando como parámetros los lineamientos que ha establecido la CIDH.

Ahora bien, de estas formas de reparación integral explicitadas en el art. 78 del COIP, conviene resaltar las *garantías de no repetición*. Por una parte, por cuanto las víctimas de delitos contra la integridad sexual, al igual que las víctimas de otros delitos, no sólo claman justicia sino que el delito por ellas sufrido no se vuelva a repetir en otras mujeres o en ellas mismas, tanto es así que el solo conocimiento de la ocurrencia de hechos similares a los vividos genera un impacto en ellas, pero no sólo en ellas sino en

⁸⁰⁰ Una de las críticas que los defensores de la justicia restaurativa hacen a la justicia clásica o retributiva es precisamente las limitaciones o dificultades que tiene ésta para atender las necesidades de las víctimas; necesidades que, según Howard Zehr, son: 1. Información real acerca del “crimen”, la que generalmente se consigue mediante el necesario acceso directo o indirecto a los ofensores que posean dicha información; 2. Narración de los hechos o tener la posibilidad de relatar la historia de lo que sucedió; 3. Control, recuperar el control de su vida arrebatado por el delito, dentro de lo cual, la oportunidad de involucrarse en su propio caso en el transcurso del proceso judicial puede ser un aporte importante para ello; 4. Restitución o reivindicación, ya sea en relación a las pérdidas materiales en sí o el reconocimiento simbólico, cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial, o el acto de pedir perdón, pueden aportar a satisfacer la necesidad de que se reconozca el daño sufrido por la víctima. Necesidades en las que, al contrario de la justicia retributiva, se centra la justicia restaurativa. Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, USA, Good Books/CEMTA, 2010, pp. 19-24, en <https://documents.mx/documents/howard-zher-el-pequeno-libro-de-la-justicia-restaurativa.html>.

las potenciales víctimas de delitos sexuales (las mujeres, principalmente) así como en la sociedad en su conjunto; y, por otra parte, en razón de que para el cumplimiento de las garantías de no repetición es fundamental la intervención del Estado.

Así, “la prevención de infracciones penales” y “la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas”, va más allá de la voluntad o la obligación de cumplirlas del sentenciado. Esta medida, supone cambios legislativos, implementación de procedimientos administrativos, cambios institucionales, la puesta en marcha de mecanismos de control o la formación de funcionarios en el campo de los derechos humanos o protocolos internacionales. “Requieren, por tanto, cambios estructurales o de forma en el funcionamiento del Estado e implican, la mayoría de las veces, a los poderes ejecutivo, judicial o legislativo”.⁸⁰¹ Es decir, si no hay actores estatales que apliquen estas medidas, se corre el riesgo de que se queden en meras declaraciones o que se cumplan de manera circunstancial.

En el caso de delitos contra la integridad sexual, la garantía de no repetición o la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de los mismos, conlleva, además, cambios en los patrones de conductas de hombres y mujeres, en los prejuicios, costumbres y prácticas que inferiorizan y cosifican a la mujer, en los estereotipos sobre los roles del hombre y la mujer que legitiman la discriminación y violencia hacia la mujer, es decir, cambios en la matriz sociocultural que incidan en la erradicación de la violencia de género;⁸⁰² lo cual es una obligación del Estado ecuatoriano en virtud de la

⁸⁰¹ Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., 2009, p. 373.

⁸⁰² La erradicación de la violencia de género es una política pública en Ecuador desde 2007, por lo cual el Estado está implementando el Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia de Género hacia Niños, Niñas, Adolescentes y Mujeres (PNEVG) que cuenta con cinco ejes estratégicos: - Transformación de patrones socioculturales; - Fortalecimiento del sistema de protección integral; - Acceso a la justicia; - Sistema único de registro e información estratégica; e, - Institucionalidad, en base a los cuales se han definido un conjunto de objetivos y acciones estratégicas articuladas al Plan Nacional para el Buen Vivir, a las agendas sectoriales y a las agendas de igualdad. El eje de transformación de patrones socioculturales tiene como objetivo estratégico “aportar en la transformación del imaginario social y las prácticas que naturalizan la violencia de género, a través de procesos de sensibilización e información que muestren la discriminación como sustento de relaciones desiguales y violentas entre hombres y mujeres en todo su ciclo de vida”, de ahí que, al igual que en el caso de los otros ejes, las diferentes instituciones encargadas de la implementación del PNEVG (los Ministerios de Justicia, del Interior, de Salud Pública, de Educación, de Inclusión Económica y Social, y los Consejos Nacionales para la Igualdad de Género y para la Igualdad Intergeneracional), de acuerdo con sus competencias y responsabilidades, han realizado una serie de acciones estratégicas tanto al interior de las mismas como hacia la sociedad en su conjunto. Sin embargo, aún no se evidencian cambios relevantes en este ámbito; posiblemente porque dichas acciones

ratificación de la *Convención de Belém do Pará* y la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, así como del mandato del art. 66.3.b. de la Constitución.⁸⁰³ En ese sentido, al establecer este tipo de reparación sería conveniente, además, notificar con la misma al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos -organismo que preside y coordina la política pública para la erradicación de violencia de género en Ecuador- establecer los plazos de cumplimiento y los mecanismos de seguimiento y reporte del cumplimiento de tal reparación.

Continuando con el análisis de este derecho, tanto en el art. 11.2 del COIP como en el art. 78 de la Constitución se puntualiza un componente de la reparación integral que no consta incorporado en el listado del citado art. 78 del COIP: el conocimiento de la verdad de los hechos.

El conocimiento de la verdad de los hechos se refiere al derecho de la víctima a conocer, en forma veraz, transparente y objetiva, los motivos, los hechos y las circunstancias relacionados con el cometimiento del delito. Esta verdad material de los hechos se conoce cuando el juez o jueza dicta sentencia luego del trámite correspondiente y después de haberse evacuado las diligencias inherentes a la fase pre procesal y a las etapas procesales respectivas. Sin embargo, lo actuado en la fase pre procesal es determinante en el conocimiento de la verdad de los hechos; si en esta fase no se desarrolla una investigación y actuación diligente, oportuna y eficaz, por parte de cada uno de los operadores del sistema de justicia penal que intervienen en la misma: recojo y custodia de evidencias, práctica de pericias especializadas, informes periciales, recojo de testimonios, etc., y si cada uno de estos operadores no cumple con su responsabilidad inherente a sus funciones y el o la fiscal no plantea una teoría del caso

no han sido sostenidas en el tiempo y/o no han tenido la fuerza necesaria que la transformación de patrones socioculturales requiere. Contenido del PNEVG y de la política pública para la erradicación de la violencia de género disponibles en http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/08/plan_erradicacionviolencia_ecuador.pdf y en http://biblioteca.igualdadgenero.gob.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=7306&shelfbrowse_itemnumber=7159.

⁸⁰³ “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: [...] b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. [...]”.

acorde con los hechos y sensible con la realidad de la víctima e impulsa una buena investigación, el juez o jueza, al momento de dictar sentencia, no tendrá todos o los suficientes elementos para poner en conocimiento de los sujetos procesales la verdad de los hechos, sancionar al o los responsables de los mismos, como tampoco para ordenar una reparación integral.

El desconocer la verdad de los hechos deja en las víctimas y en la sociedad la sensación de impunidad, de falta de justicia, lo cual supone un nuevo impacto en la dignidad de la víctima y en sus derechos. Al contrario, cuando a través de la sentencia se conoce la verdad de los hechos, se sanciona al o los responsables de los mismos y se repara a las víctimas, la sentencia “constituye *per se* una forma de reparación”, como lo ha reiterado la jurisprudencia internacional.⁸⁰⁴

Otro aspecto a tomar en cuenta es que, tanto en el art. 11.2 del COIP como en el art. 78 de la Constitución, se deja abierta la posibilidad de que el juzgador/a, a más de las formas de reparación señaladas, establezca “cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso”. Es decir, el juez/a tiene un amplio margen para, utilizando su creatividad, sentido común y la jurisprudencia internacional, de acuerdo al caso, establecer la reparación integral a favor de la víctima; medidas tales como la implementación de campañas de educación y concientización sobre los derechos de las víctimas o el impacto de la discriminación contra la mujer y la violencia sexual, en el lugar donde se perpetró el delito, podrían ser una de ellas. Esto tomando en cuenta, por ejemplo que, en la mayoría de los casos, las víctimas de violación -sobre todo si son niñas, niños o adolescentes- no logran superar su estado de victimización por cuanto la respuesta social que reciben frente a la agresión sexual sufrida es estigmatizante y/o excluyente, tanto que la puede marcar para toda la vida

⁸⁰⁴ Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte IDH emitidas en: *caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo Reparaciones y Costas), punto resolutivo 7; *caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), punto resolutivo 11; *caso Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), punto resolutivo 10; *caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), punto resolutivo 9; *caso J. vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), punto resolutivo 14; *caso Espinoza González vs. Perú*, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), punto resolutivo 9.

(señalamientos como “la violada” pueden acompañar a una víctima por siempre). De ahí que el Estado está en la obligación de prevenir, mediante mecanismos de sensibilización y concientización, esta forma de victimización social; para lo cual el juzgador o la juzgadora bien puede contribuir estableciendo formas de reparación integral como la antes señalada, en el entendido de que la sociedad también es parte actora en el proceso de reparación a las víctimas. Ello, independientemente de que el Estado haya sido o no ente procesal en el caso, puesto que ésta es una obligación de índole constitucional que parte del reconocimiento y protección estatal del derecho de toda persona a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado (Constitución art. 66.3.b.).

Cabe indicar que la reparación integral (material e inmaterial) también está prevista en la legislación ecuatoriana para el caso de las garantías jurisdiccionales cuando en la justicia constitucional se declara la vulneración de derechos.⁸⁰⁵ Es decir, el COIP, en materia de reparación, da a las víctimas de infracciones penales el mismo tratamiento que, a nivel de garantías jurisdiccionales, se da a las personas afectadas por la violación de un derecho; en un claro reconocimiento de que a las víctimas de infracciones penales se les vulnera sus derechos humanos, los cuales deben ser reparados de manera integral pues el daño también es integral.

3.4.3. Derecho a la reparación por las infracciones que cometan agentes del Estado o quienes, sin serlo, cuenten con su autorización (art. 11.3).- Este derecho parte de la consideración de que si el Estado está legitimado jurídicamente para reprimir conductas delictivas y sus agentes son quienes cometen estas conductas, lo lógico es que no sólo sean sancionados por el cometimiento de las mismas sino que se repare estatalmente a las víctimas afectadas por el cometimiento de tales conductas. Esto no sólo porque el Estado fracasó en el cumplimiento de su obligación sino porque es directamente responsable del ilícito. Esta reparación estatal es independiente de la reparación integral que en sentencia, dentro del enjuiciamiento seguido por el delito cometido, se le imponga al infractor; reparación que, a la luz del derecho antes analizado, también debería ser integral.

⁸⁰⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 18.

Así por ejemplo, dentro del juicio penal seguido contra un perito médico legal del Departamento de Medicina Legal de la Fiscalía Provincial de El Oro, por el delito de violación a una adolescente y que el sentenciado cometió en ejercicio de sus funciones, en circunstancias en que debía practicar el peritaje médico legal a la víctima en razón de otro tipo de violencia sexual que ésta había sufrido,⁸⁰⁶ aunque bien hizo el Tribunal en ordenar en sentencia, en aplicación del Código Penal anterior, una indemnización económica por daños y perjuicios a favor de la víctima y atención psicológica para ésta a cargo del Ministerio de Salud, en aplicación del derecho a la reparación estatal analizado y, en el evento de que este delito se hubiere cometido cuando estaba en vigencia el COIP, correspondía al Tribunal Penal ordenar en sentencia, además de la reparación integral a la víctima, la reparación estatal a ésta, toda vez que se comprobó que el infractor era un agente estatal. Esto por cuanto en un delito cometido en circunstancias como las de este caso se conjugan varias infracciones, por una parte, la afectación a diversos bienes jurídicos (integridad física, psicológica y sexual, intimidad, libertad y seguridad personal, autonomía sexual y reproductiva) y, por otra, la violación de la obligación estatal de debida diligencia en la investigación de un caso de violencia sexual, la violación de la ética profesional, la violación de los derechos de la víctima, entre ellos, la no revictimización, por mencionar algunas de las afectaciones.

Es importante resaltar que la parte inicial del art. 11 establece que, al igual que en el resto de derechos ahí enlistado, este derecho (reparación estatal) le asiste a las víctimas de infracciones penales “en todo proceso penal”, por lo que no se trata de la reparación estatal por retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, o violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violación a los principios y reglas del debido proceso, a la que se refiere el art. 11.9 de la Constitución⁸⁰⁷ sino una reparación diferente que debe ser declarada en el proceso penal como un derecho de la víctima producto del daño sufrido por el ilícito penal.

⁸⁰⁶ Juicio Penal N° 07252-2014-0066, sustanciado en el Tribunal Primero de Garantías Penales de El Oro.

⁸⁰⁷ El art. 11.9 de la Constitución establece: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. [...] El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. [...]”.

3.4.4. Derecho a la protección especial resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos (art. 11.4).- Las víctimas de infracciones penales requieren protección especial por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, puesto que el delito les genera un sentimiento de inseguridad, angustia, además de daños de diferente índole; situación que puede verse incrementada por las características especiales de la víctima relativas a la edad, discapacidad, identidad de género, orientación sexual, estado de salud, la naturaleza o circunstancias del delito, entre otras, que las expone aún más a una victimización secundaria, por lo que requieren mayor cuidado, apoyo y atención del Estado para equiparar sus derechos con los de los demás.

Conforme señala Delgado Martín,⁸⁰⁸ el sistema penal le debe otorgar esta protección a la víctima “para evitar las consecuencias negativas inherentes al concepto de victimización secundaria; para facilitar la colaboración de la víctima con los órganos públicos encargados de la persecución del delito, aportando datos útiles para la investigación y posterior condena del responsable; y para posibilitar que otras víctimas denuncien su situación confiando en una respuesta adecuada del Estado”. Se trata, siguiendo a este autor, de dos concepciones de protección: una *amplia*, según la cual el Estado debe proporcionarle amparo a la víctima contribuyendo a que se incremente su sentimiento de seguridad, esto es, a que ella se sienta libre y exenta de todo peligro, daño o riesgo; y, una protección *restringida*, cuando concurren elementos que determinan un riesgo de repetición de la situación de violencia, por lo que el Estado deberá arbitrar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la víctima frente a nuevas agresiones de carácter físico o psíquico a fin de reducir o, incluso, eliminar el riesgo o peligro de reiteración de nuevas situaciones de violencia. Ambas concepciones de protección especial son importantes y deben ser cumplidas por los órganos públicos encargados de la persecución del delito; siendo de particular relevancia la segunda concepción, sobre todo en el caso de víctimas de violencia de género en el ámbito doméstico; ámbito que, como en el caso de la violencia sexual, es en el que este tipo de violencia ocurre con más frecuencia.

⁸⁰⁸ Joaquín Delgado Martín, “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, en Revista Xurídica Galega, N° 39, 2003. pp. 83-84.

En el proceso penal ecuatoriano este derecho de la víctima se lo confiere dentro de parámetros específicos: bajo el resguardo de la intimidad y seguridad de ella, sus familiares y testigos.

El *resguardo a la intimidad* hace relación a garantizar la privacidad de las víctimas y la protección contra la intromisión en su vida íntima, lo cual abarca la confidencialidad de sus datos personales y de sus asuntos privados; este resguardo es reforzado cuando se trata de delitos como los que se cometen contra la integridad sexual y en la persona de víctimas menores de 18 años de edad o adolescentes. Concordando con García García, la intimidad es un “derecho de derechos” al constituir la base y fundamento para la protección de la persona en las distintas situaciones de relacionamiento (personal, laboral, escolar, familiar o social) que le son propias y con él se la pretende proteger frente a cualquier acto que represente injerencia o intromisión.⁸⁰⁹ Implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás;⁸¹⁰ es decir, confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, incluido el Estado, el deber de abstenerse de toda intromisión en su vida íntima y la prohibición de divulgar lo así conocido. Este derecho está íntimamente relacionado con la dignidad humana y los derechos al honor, la imagen y el libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto al resguardo a la intimidad de la víctima como medida de protección especial, el art. 5.20 del COIP, dentro de los principios que rigen el debido proceso penal, establece que las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia, por lo que se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales. Esta disposición asegura a las indicadas víctimas que los medios de comunicación, principalmente, no expongan su imagen y su identificación personal al sensacionalismo y a la opinión pública y, por tanto, no las

⁸⁰⁹ Clemente García García, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia/Servicio de Publicaciones, 2003, p. 183.

⁸¹⁰ *Ibíd.*, p. 188.

revictimicen; sin embargo, lo que ocurre en la práctica en casos de violencia sexual es que, en ocasiones, los medios de comunicación al publicar la noticia del hecho, si bien ocultan el rostro o la voz de la víctima, y se abstienen de divulgar sus nombres, si divulgan datos del agresor o hacen referencia al parentesco de éste con la víctima o al lugar donde ocurrieron los hechos, con lo cual fácilmente se puede colegir la identidad de la víctima, poniendo en riesgo no sólo su intimidad y la de su familia sino también su integridad, ante posibles retaliaciones que pudiera sufrir por haber llevado su caso a la administración de justicia. De ahí que sea necesario un mayor control del trabajo de los medios de comunicación social en esta materia por parte de la Superintendencia de Información y Comunicación, organismo técnico que vigila y controla el cumplimiento de los derechos de la información y comunicación en el país.

Asimismo, para la obtención de muestras de fluidos corporales, componentes orgánicos y genéticos-moleculares, el art. 463.2, *ibídem*, dispone que cuando el examen deba realizarse en víctimas de infracción contra la integridad sexual o en una niña, niño o adolescente, el mismo se practicará bajo estrictas condiciones de confidencialidad y respeto a la intimidad de las víctimas. Este es uno de los mínimos legales que propende al respeto de las víctimas como seres humanos y como participantes del proceso penal.⁸¹¹

Es preciso señalar que, para la práctica de dicho examen, la Fiscalía General del Estado ha establecido el *Instructivo para la aplicación del Protocolo de peritaje forense relacionado a infracciones penales de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y lesiones*,⁸¹² en el que se introduce la confidencialidad y el respeto a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales como parte del procedimiento,⁸¹³ así como que los/as peritos

⁸¹¹ Por regla general, para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida; excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad (art. 459.1 COIP)

⁸¹² Este es uno de los instrumentos expedidos por la Fiscalía General del Estado mediante Resolución N° 073-FGE-2014, de 7 de agosto de 2014, aplicables en el Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

⁸¹³ Fiscalía General del Estado, *Instructivo para la aplicación del Protocolo de peritaje forense relacionado a infracciones penales de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y lesiones*, Ecuador, 2014, pp. 7-10 y 45-48, en

forenses deben interiorizar que “las víctimas de infracciones penales tienen derechos y están en condición de vulnerabilidad”, por lo que estos profesionales “tendrán en consideración en cada momento de su práctica los derechos a la intimidad, a la información, al consentimiento informado, a la atención con calidad y calidez, al seguimiento clínico”.⁸¹⁴ Sin embargo, si la o el profesional que practique el examen no tiene profesionalismo y no es sensible con la situación de la víctima, se corre el riesgo de que el respeto a la intimidad de ésta no se cumpla y, adicionalmente, se vulneren otros derechos; tal como se verificó en el caso referido en el subtítulo anterior, del médico legista procesado y sentenciado por el delito de violación cometido por éste en contra de una víctima de agresión sexual a la que debía practicarle un peritaje médico legal.⁸¹⁵ En ese sentido se requiere de capacitación constante, evaluaciones y auditorías al trabajo de los/as peritos médicos legistas; y, fundamentalmente, empoderar a las víctimas de sus derechos así como a sus familiares o acompañantes, previamente a la práctica de estos peritajes.

También, en resguardo a la intimidad de las víctimas, las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva son reservadas (art. 562), lo cual está orientado a evitar la revictimización de éstas frente al público en general y la prensa. Del mismo modo, la o el juzgador podrá ordenar a petición fundamentada de parte, entre otras medidas de restricción, la reserva de identidad sobre datos personales de las víctimas u otros participantes en el proceso (art. 566.4), medida que se fundamenta cuando está en peligro la víctima o se expone a daño psicológico a las niñas, niños o adolescentes que intervienen en el proceso (art. 567, numerales 1 y 2); en concordancia con esta disposición, el art. 472, numerales 2 y 4, del COIP, establece que no podrá circular libremente, entre otras, la información acerca de datos de carácter personal y la que provenga de las comunicaciones personales cuya difusión no haya sido autorizada

http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Medicina%20Legal/1_Instructivo.pdf.

⁸¹⁴ *Ibíd.*, Introducción, p. 5. Lastimosamente, este protocolo es un documento técnico, básicamente procedimental, que, si bien contiene elementos para proteger en alguna medida los derechos de las víctimas de delitos sexuales en el momento en que se les practique el peritaje forense, carece de enfoque de género; además, no cuenta con un marco conceptual o contextual de la violencia de género o de la ocurrencia de los delitos sexuales, que permita al o la perito entender frente a qué tipo de víctimas se encuentra y reforzar los mecanismos de protección de sus derechos.

⁸¹⁵ Juicio Penal N° 07252-2014-0066, sustanciado en el Tribunal Primero de Garantías Penales de El Oro.

expresamente por su titular, por la ley o por la o el juzgador, así como la información acerca de niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia y la Constitución.⁸¹⁶

En esta línea de protección especial, se ha establecido que las partes, dentro del procedimiento penal, podrán objetar con fundamento aquellas actuaciones que violenten los principios del debido proceso tales como los “comentarios relacionados con el comportamiento anterior de la víctima” (art. 569.5); esta disposición es sumamente importante no sólo en el procesamiento sino en el juzgamiento de delitos contra la integridad sexual cuando las víctimas son adultas, por lo que debería constar tanto como objeción como prohibición de fundamento de valoración por parte de los jueces y juezas, puesto que, hasta épocas recientes, la exposición y valoración de las pruebas se conectaba con el análisis de la vida sexual de la víctima, anterior al cometimiento del delito o con estereotipos de género (estaba en una fiesta, andaba sola en la noche, había ingerido alcohol, tenía “poca ropa”, etc.), es decir, se estigmatizaba a la víctima y no se hacía un análisis de las relaciones de género implicadas en estos casos; ni se diga si las víctimas de violación tenían por ocupación el trabajo sexual. De ahí la importancia de esta disposición para el caso de delitos de naturaleza sexual, la que se fundamenta no sólo en el resguardo a la intimidad de la víctima sino en el principio de igualdad y no discriminación por razones de género.

Por su parte, el *resguardo a la seguridad* se refiere a generar condiciones propicias para que la víctima esté libre de cualquier situación que ponga en riesgo o peligro su integridad física y psicológica; éste es un elemento fundamental de la protección especial. En resguardo de la seguridad de la víctima durante el transcurso del

⁸¹⁶ El art. 52, numerales 3 y 4, del Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe: - La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato o abuso; y, - La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación o individualización de un niño, niña o adolescente que ha sido víctima de maltrato, abuso sexual o infracción penal, y cualquier otra referencia al entorno en el que se desarrollan. El art. 45 de la Constitución señala que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

proceso o después de que éste finalice y mientras subsista la necesidad de precautelar esta seguridad, el art. 558 del COIP establece un conjunto de medidas de protección especial que, según las circunstancias del caso y las necesidades de protección de la víctima, la o el juzgador puede ordenar a su favor. De este listado de medidas de protección, las aplicables en el procesamiento de delitos contra la integridad sexual son:

- Prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren. Esta medida procedería cuando no se ha ordenado la prisión preventiva del procesado o se la ha revocado o suspendido.

- Prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros. Los mecanismos de intimidación o persecución a las víctimas son frecuentes para hacerla desistir del enjuiciamiento y producen un efecto psicológico indeseable en su estabilidad emocional, lo que puede aumentar la ansiedad por la situación personal y procesal que atraviesa; para realizarlos el procesado se puede valer, incluso, de terceras personas (familiares, conocidos o desconocidos), de ahí que se justifique su aplicación.

- Orden de salida de la persona procesada de la vivienda o morada, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o sexual de la víctima o testigo. Esta medida procede cuando el procesado no ha sido objeto de prisión preventiva, o se la ha revocado o suspendido y comparte la vivienda con la víctima o habiéndole impuesto arresto domiciliario comparte la vivienda con la víctima, como ocurre en el caso de víctimas violentadas sexualmente por un pariente o familiar cercano con quien vive; en ese sentido, el inciso final del art. 537 del COIP establece que en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, “el arresto domiciliario no podrá cumplirse en el domicilio donde se encuentra la víctima”.

- Reintegro al domicilio a la víctima o testigo y salida simultánea de la persona procesada, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal de los primeros. Se otorga cuando la víctima comparte o compartía la vivienda con el infractor y por la agresión sufrida se vio obligada a salir de la vivienda para precautelar su integridad.

- Privación a la persona procesada de la custodia de la víctima niña, niño o adolescente o persona con discapacidad y, en caso de ser necesario, nombramiento a una persona idónea como su tutora, tutor o curadora o curador, de acuerdo con las normas especializadas en niñez y adolescencia o el derecho civil, según corresponda. Procede cuando las prenombradas víctimas han estado bajo la custodia del infractor, ya sea porque se trata de su padre, abuelo, tío o hermano o porque éste es un familiar cercano al cual se le encargó su custodia.

- Suspensión del permiso de tenencia o porte de armas de la persona procesada si lo tiene o retención de las mismas. Es aplicable cuando al procesado no se le ha impuesto medida cautelar privativa de la libertad o se la ha revocado o suspendido.

- Ordenar el tratamiento respectivo al que deben someterse la persona procesada o la víctima y sus hijos/as menores de dieciocho años de edad, si es el caso. Esta medida es de fundamental importancia para las víctimas de delitos contra la integridad sexual y sus hijos/as, de tenerlos, porque les permite contar con herramientas psicológicas para superar el momento traumático vivido por la infracción y enfrentar en mejores condiciones su participación en el proceso penal.

Estas medidas deben cumplirse de forma inmediata después de haber sido ordenadas; su ejecución y cumplimiento será vigilado por el juez o jueza con intervención de la Policía Nacional (arts. 520, numerales 5 y 8; y, 559, inciso primero, COIP).

Cabe mencionar que el antecedente normativo de las medidas de protección a favor de las víctimas es la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, parcialmente vigente en la actualidad, mediante la cual se las incorporó, en 1995, a la administración de justicia especial para víctimas de violencia intrafamiliar con el nombre de *medidas de amparo*, cuando dicha violencia tan sólo constituía contravención más no delito; medidas que constituyeron el principal mecanismo cautelar para proteger a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, sobre todo en la relación de pareja.

Ahora bien, en caso de delitos contra la integridad sexual, entre otros, es mandatorio que la o el fiscal, de existir méritos, solicite urgentemente a la o el juzgador, la adopción de una o varias de estas medidas de protección a favor de las víctimas, debiendo la autoridad judicial disponerlas de manera inmediata (art. 558.12). Aún más,

el COIP dispone que, de considerarlo necesario y a petición de parte, el o la juez podrá disponer el uso de dispositivos electrónicos a favor de la víctima (art. 559). Es decir, no debe mediar solemnidad o trámite alguno para disponer estas medidas a favor de la víctima puesto que de ello depende su seguridad y, en ocasiones, hasta su vida. En cuanto al uso de dispositivos electrónicos, es uno de los mecanismos innovadores del COIP como medida cautelar para asegurar la presencia de la persona procesada y en el caso de medidas de protección a favor de las víctimas; en este último caso su utilidad radica en que se podría ubicar a la víctima de forma georeferenciada en caso de que requiera ayuda ante un posible ataque del infractor, sus familiares o de terceros. Sin embargo, su implementación aún está en período de pruebas por cuanto también se habilitará su uso a personas privadas de libertad que no revisten peligrosidad con regímenes de prelibertad o libertad controlada; en todo caso, según el Proyecto “Implementación de dispositivos de Geo-posicionamiento electrónico en el sistema de ejecución de penas que dispone el Código Orgánico Integral Penal”, del Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, se aspira implementar en un 100% este sistema hasta diciembre de 2017.⁸¹⁷

Otro mecanismo de protección especial que establece el COIP si la víctima se encuentra en situación de riesgo, es el derecho, al momento en que sea llamada a declarar, al resguardo proporcionado por la o el fiscal a través del Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal o de la Policía Nacional, a fin de que se garantice su integridad personal, su testimonio y comparecencia a la audiencia de juicio, en la que puedan rendir su testimonio a través de medios tecnológicos o de caracterización que aseguren su integridad (art. 502.9). Este es uno de los mecanismos de protección especial que se utiliza con frecuencia.

3.4.5. Derecho a no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión; se protegerá a la víctima de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos (art. 11.5).- Este derecho tiene base constitucional (art. 78 tantas veces

⁸¹⁷ Información disponible en <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/08/DISPOSITIVOS.pdf>.

referido) y es una clara manifestación de la protección especial que requieren las víctimas de infracciones penales por parte del Estado.

La revictimización, también conocida como *victimización secundaria*, es un proceso en virtud del cual quien fue víctima padece un nuevo proceso de victimización,⁸¹⁸ derivado de su relación con el sistema jurídico-penal.⁸¹⁹ Esta segunda experiencia victimal resulta incluso más negativa que la primaria (la padecida por el delito), por algunas razones: porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige al mismo solicitando justicia y protección; porque su nocividad se añade a la derivada del delito; porque la víctima se siente potencialmente frustrada en sus expectativas; y, sobre todo, porque tal proceso afecta al prestigio del propio sistema y condiciona negativamente la actitud de la víctima y del colectivo social respecto del mismo;⁸²⁰ convirtiendo a la víctima del delito en víctima del sistema de justicia penal.

En ese sentido, la *no revictimización* significa la prohibición a las instituciones del Estado de exponer a la víctima o a sus familiares a revivir la experiencia traumática originada por el delito al solicitarle se someta de forma reiterada e innecesaria a exámenes, versiones, declaraciones e interrogatorios o a causarle un daño físico, psicológico o sexual adicional, agravando la ya delicada situación emocional o de victimización en que se encuentra e incrementando el daño causado por el delito.

Es decir, el Estado debe adoptar medidas de acceso a la justicia que no generen daños o sufrimientos adicionales (físicos y psicológicos) a las víctimas; para ello es necesario adecuar los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas y establecer como principio rector de las actuaciones de los operadores del sistema de justicia, que tienen contacto con la víctima, el respeto y reconocimiento de sus derechos, durante su recorrido en búsqueda de justicia.

En consecuencia, el art. 463.2 del COIP, en lo referente a la obtención de muestras de fluidos corporales, componentes orgánicos y genético-moleculares, cuando el examen deba realizarse en víctimas de infracciones contra la integridad sexual, dispone que “salvo que sea imprescindible, se prohibirá someterle a la persona

⁸¹⁸ Ignacio José Subijana Zunzunegui, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, Editorial Comares, 2006, p. 34.

⁸¹⁹ Gerardo Landrove Díaz, *Victimología*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990, p. 44.

⁸²⁰ *Loc. cit.*

nuevamente a un mismo examen o reconocimiento médico legal”; esta disposición es clave en el respeto y desarrollo de los derechos de las víctimas de delitos de naturaleza sexual, a las cuales anteriormente de forma habitual se las sometía a la práctica reiterada del examen ginecológico para determinar el cometimiento de la infracción, con la consiguiente afectación a su dignidad, intimidad e integridad psicológica, pues se las exponía a revivir en forma sistemática el momento traumático de la infracción y se las instrumentalizaba en función de la obtención de pruebas. De ahí que esta disposición normativa también establezca que en la práctica de dichos exámenes se deberán tomar las medidas necesarias en función de la edad y género de la víctima para precautelar su dignidad e integridad física y psicológica, ya que no es lo mismo practicar estas pericias en la persona de una niña, que en la de una adolescente o en la de una adulta, o en una persona transexual, transgénero u homosexual; sin embargo, falta incluir en la disposición a las personas con discapacidad física, intelectual u otra, las cuales con frecuencia son objeto de violencia sexual por lo que requieren que se tomen medidas específicas, en función de esta condición, en el momento en que se les practique tales exámenes para precautelar su dignidad e integridad física y psicológica, lo que incluye el acompañamiento y/o asistencia de personas de su confianza.

Esta omisión, no obstante, se subsana de alguna manera en las Instrucciones para el uso del kit de violencia sexual que contiene el *Instructivo para la aplicación del Protocolo de peritaje forense relacionado a infracciones penales de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y lesiones*,⁸²¹ en el que se indica a los/as peritos forenses, que si la persona a quien se le va a practicar el peritaje “tiene movilidad reducida o es adulta mayor posibilite el acompañamiento de una persona de confianza. Si la usuaria(o), aun cuando no pertenezca a un grupo de atención prioritaria, desea estar acompañada por una persona de su confianza, permítaselo”;⁸²² sin embargo, esta directriz no forma parte del Protocolo sino de un anexo al mismo, lo cual le resta valor a

⁸²¹ En la parte introductoria de este Instructivo se señala que fue elaborado para que los/as peritos forenses reconozcan: su responsabilidad en la no revictimización de las víctimas; su labor como servicio en relación directa con los derechos de las víctimas, sus familiares y/o acompañantes; su labor como práctica técnica y científica; y, su labor como práctica directamente relacionada al servicio de la justicia. p. 4.

⁸²² Fiscalía General del Estado, *Instructivo para la aplicación del Protocolo de peritaje forense relacionado a infracciones penales de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y lesiones*, *supra* nota 812, p. 45.

un aspecto básico que debería constar como regla en la atención a las víctimas de delitos contra la integridad sexual.

En el mismo sentido, a fin de proteger a las víctimas de delitos contra la integridad sexual de la revictimización por la práctica reiterada de exámenes médicos y corporales, el COIP dispone que cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido víctima de tales delitos y exista peligro de destrucción de huellas o rastros de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados acreditados a los que acuda deberán practicar, previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes; las muestras obtenidas y los resultados de los análisis practicados, previa las formalidades correspondientes, serán remitidos dentro de las siguientes veinticuatro horas al personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el que informará inmediatamente a la o al fiscal, o a la o al juzgador, y entregará una copia del acta en que conste la práctica de dicho examen a la víctima o a quien la tenga bajo su cuidado (art. 465, numerales 1, 2 y 3). En este punto vale señalar que los/as peritos médicos acreditados en violencia sexual por el Consejo de la Judicatura, al practicar estos exámenes, deben aplicar la *Norma Técnica de Atención Integral en Violencia de Género*⁸²³ expedida por el Ministerio de Salud -la cual es de cumplimiento obligatorio en todos los establecimientos de la Red Pública Integral de Salud,⁸²⁴ de la Red Privada o Complementaria y demás prestadores del

⁸²³ Esta Norma Técnica fue aprobada por el Ministerio de Salud Pública mediante Acuerdo Ministerial N° 5198, de 28 de noviembre de 2014.

⁸²⁴ Conforme a la Norma Técnica de Atención Integral en Violencia de Género, en los establecimientos de la Red Pública Integral de Salud se debe conformar un equipo de atención integral a víctimas de violencia de género constituido por: médica/o, psicóloga/o, enfermera/o, trabajador/a social, de acuerdo a la disponibilidad existente en la unidad operativa de salud; el o la médica acreditada en violencia sexual por el Consejo de la Judicatura, será responsable de realizar el peritaje. Adicionalmente, en la Red Pública se crearán Salas de Primera Acogida (SPA), que son espacios específicos destinados a la atención especializada en situaciones de emergencia por violencia de género y peritajes en casos de violencia sexual, que brindarán atención integral y multidisciplinaria y deberán estar licenciadas bajo los estándares del Ministerio de Salud Pública. Las SPA contarán con varios servicios especializados en atención integral a víctimas de violencia de género, con una sala de espera y con un/a médico/a perito acreditado/a por el Consejo de la Judicatura, capacitado/a y habilitado/a por la Fiscalía General del Estado como parte del Sistema Nacional de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien practicará el peritaje en caso de delito sexual y no realizará otras actividades periciales fuera de las competencias establecidas en la Norma Técnica. En los lugares donde la demanda de pacientes en la SPA no permita la atención oportuna, o en los lugares donde no exista una de ellas, el o la médica que atiende a la víctima que no esté acreditado/a como perito deberá referir a la usuaria/o a las salas de emergencia donde exista un/a médico/a

Sistema Nacional de Salud- así como el Protocolo y demás instrumentos establecidos para estos casos y que rigen en el Sistema Nacional de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dirigido por la Fiscalía.

El problema se presentaría si la víctima acude a un establecimiento de salud que no cuenta con peritos médicos legistas acreditados en violencia sexual por el Consejo de la Judicatura, y el personal que la atiende no hace una buena remisión de la misma al establecimiento de salud correspondiente ni coordina con la Fiscalía del territorio la oportuna investigación del delito sexual referido, sobre todo en zonas rurales o alejadas de centros poblados, lo cual implicaría el “rebote” de la víctima a distintos lugares con su consiguiente revictimización. Para prevenir o evitar estos procedimientos corresponde al Ministerio de Salud y a la Fiscalía General del Estado capacitar de manera adecuada, a nivel nacional, al personal de salud público y privado en toda la normativa que debe cumplir y la forma de proceder en estos casos, y establecer la obligatoriedad de que todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud cuenten con peritos médicos legistas acreditados en violencia sexual.

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de denunciar que tienen los/as profesionales de la salud que reciban o atiendan a una persona con signos de haber sufrido violación a su integridad sexual; por lo que, de no cumplirla, incurrirían en delito de omisión de denuncia, sancionado con pena privativa de libertad de dos a seis meses.⁸²⁵

Asimismo, para precautelar este derecho de las víctimas, el art. 476.9 del COIP prohíbe la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en infracciones de violencia sexual y otras de violencia contra la mujer, especialmente en aquellos casos que generen revictimización.

acreditado/a como perito y coordinar con la Fiscalía del territorio, a fin de asegurar la investigación oportuna del presunto delito sexual. En la actualidad existen 15 SPA a nivel nacional: en Esmeraldas (Limones y San Lorenzo); Manta; Portoviejo; Chone; Guayaquil (Martha Roldós y Hospital Abel Gilbert); Machala; Loja; Carlos Elizalde; Hospital Docente Riobamba; Hospital Docente Ambato; Hospital Enrique Garcés Quito; Hospital Provincial Orellana y, Centro de Salud de Macas, según información del Ministerio de Salud Pública disponible en <http://www.salud.gob.ec/msp-presente-en-el-acuerdo-para-la-erradicacion-de-la-violencia-de-genero/>.

⁸²⁵ Art. 276 del COIP en concordancia con el art. 422 *ibídem*.

La no revictimización durante el proceso también abarca la protección de la víctima de “cualquier amenaza y otras formas de intimidación”; esto significa que, a más de arbitrar las medidas de protección tendientes a garantizar la seguridad física y psicológica de la víctima, a las que se ha hecho referencia anteriormente, se debe evitar a la víctima la angustia resultante de cualquier contacto (incluso visual) con el infractor o con los familiares de éste que pueda, en algún momento, constituir una forma de intimidación o amenaza a su seguridad. En ese sentido, el art. 466 del COIP, dispone que cuando no sea posible identificar por otros medios a una persona investigada y sea necesaria la identificación por parte de la víctima, se procederá, entre otras reglas, con las siguientes: - La víctima deberá permanecer en un lugar separado antes y después de esta diligencia; - En la diligencia se utilizarán medios técnicos adecuados que eviten la exposición de la víctima con la o el investigado; y - De ser posible, todos los reconocimientos se lo hará a través de la cámara de Gesell.

De igual forma, entre las reglas para la recepción del testimonio de la víctima, el art. 510, numerales 1 y 4, *ibídem* dispone que la víctima, previa justificación, podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a contrainterrogar; y, que la o el juzgador, adoptará las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación a la víctima, especialmente, entre otros, en casos de delitos contra la integridad sexual.

Es necesario mencionar que la implementación de mecanismos tecnológicos como la video conferencia y la cámara de Gesell son innovadores en la práctica forense ecuatoriana y sumamente útiles para evitar la confrontación visual de las víctimas con sus victimarios, por ende, su revictimización.

En el caso de delitos contra la integridad sexual, se ha ido estableciendo como estándar procedimental el que se recepte el testimonio anticipado de la víctima de forma reservada en la cámara de Gesell, con la asistencia de un profesional de psicología que le apoye en canalizar su testimonio; de esta forma, además de evitar la confrontación visual con el infractor, se evita las múltiples versiones y comparecencias de la víctima dentro del proceso. Sin embargo, no en todos los cantones se cuenta con cámaras de Gesell y en

los lugares donde se cuenta con ellas, en ocasiones son insuficientes⁸²⁶ o “el personal no está debidamente capacitado para conocer su funcionamiento por lo que se cometen muchos errores en su aplicación”.⁸²⁷ Es decir, independientemente de las amplias posibilidades de protección a la víctima que tiene la o el juzgador, según el mandato del art. 510 del COIP, éstas se circunscriben a los recursos materiales de que la o el juzgador dispone.

Otras medidas que amerita tomar para el efecto rebasan lo jurídico y abarcan gestiones de otro tipo, tales como: habilitar salas de espera o de recepción de testimonios independientes para las víctimas a fin de evitar el contacto con el victimario o con los parientes o allegados a éste o el acompañamiento y apoyo a las víctimas por parte de personal especializado durante las actuaciones judiciales.

Finalmente, es preciso señalar que la falta de respuesta institucional a la víctima o la demora en dicha respuesta implica también una forma de revictimización, respecto de la cual corresponde al Estado trabajar aún más, puesto que conlleva la implícita expulsión de la víctima del sistema de justicia penal, su desaliento para continuar su recorrido en busca de justicia y la consiguiente impunidad; todo lo contrario a lo que el Estado ecuatoriano está obligado a hacer en estos casos.

3.4.6. Derecho a ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral (art. 11.6).- Este derecho, reservado en épocas pasadas tan sólo para los presuntos infractores, es uno de los avances en relación al reconocimiento de los derechos de las víctimas, más aún si ésta no puede contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos e intereses, por su condición socio-económica o

⁸²⁶ “En la provincia de El Oro hay una sola cámara de gesell en la Fiscalía provincial que está en Machala, la judicatura cuenta con cámaras de gesell en 2 cantones” pero aún no están operativas por lo que desde los diferentes cantones las víctimas “acuden a Machala para la recepción de los testimonios anticipados” (Expresiones de la Dra. Paola Vivanco Murillo, Fiscal de Violencia de Género N° 01 de Machala, en respuesta a preguntas formuladas por la autora del presente trabajo, el 16 de noviembre de 2015). En la provincia de Esmeraldas, “la Fiscalía cuenta con una sola cámara de Gessel para los siete cantones, pero que funciona correctamente todos los días [...]” (Expresiones de la Dra. Karen Duque Jironza, Fiscal de Violencia de Género de Esmeraldas, en respuesta a preguntas formuladas por la autora del presente trabajo, el 19 de noviembre de 2015).

⁸²⁷ Expresiones de la Dra. Paola Vivanco Murillo, Fiscal de Violencia de Género N° 01 de Machala, en respuesta a preguntas formuladas por la autora del presente trabajo, el 16 de noviembre de 2015.

cultural, razón de ser de la Defensoría Pública en Ecuador en los casos de violencia de género, entre otras materias.

Como principio de igualdad de las partes litigantes y como garantía del debido proceso, la víctima, al igual que el acusado, requiere ser oída en el proceso o manifestarse por escrito a través de un/a profesional del derecho con los conocimientos especializados en materia penal para la adecuada y efectiva protección de sus intereses. En el caso de delitos de naturaleza sexual y, en general, de violencia de género, esta defensa debe ser técnica, especializada y, además, con perspectiva de género; es decir, que visibilice la matriz sociocultural, los estereotipos de género y las relaciones de género implicadas en el caso, a fin de suministrarle al juzgador/a los elementos que le permitan dar un adecuado tratamiento al mismo y que el delito no quede en la impunidad. En este sentido, es necesario que las y los defensores/as públicos/as que asesoran, patrocinan y defienden a las víctimas, al igual que las y los fiscales, reciban oportuna y constante formación en el uso del Derecho Penal con perspectiva de derechos humanos y de género, así como en Victimología, a fin de estar en condiciones de identificarse con las necesidades de las víctimas y defender sus derechos dentro del proceso, porque de lo contrario la víctima tendría un mero acompañamiento más no una adecuada defensa técnico-jurídica.

3.4.7. Derecho a ser asistida gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada (art. 11.7).- El ejercicio de este derecho implica que desde el momento en que la víctima accede al sistema de justicia para presentar su denuncia y durante todo el procedimiento debe ser asistida por un traductor o intérprete si no habla el idioma español por ser persona extranjera o habla una lengua indígena del Ecuador o usa lenguaje de señas. Lastimosamente ni la Policía ni la Fiscalía cuentan con traductores e intérpretes para asistir a estas víctimas en el momento de presentar su denuncia, por lo que tampoco podría el o la Fiscal cumplir con su obligación de informar a la víctima sobre sus derechos y su participación en el proceso, salvo que hable el idioma o lengua de la víctima; además, hasta que se le proporcione a la o el fiscal un traductor o intérprete, como sucede en provincias, la víctima puede desistir de denunciar y por tanto ese hecho delictivo quedaría impune.

Ya dentro del proceso, la situación cambia en el momento que la víctima rinde su testimonio. El COIP dispone, por regla general, que cuando el declarante no sepa el idioma castellano, la o el juzgador nombrará y posesionará en el mismo acto a un traductor (art. 502.6). Además, en caso de que la víctima u otros intervinientes no puedan escuchar o entender oralmente, serán asistidos por un intérprete designado por la o el juzgador, quien podrá usar todos los mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial y otras que permitan su inclusión en el proceso penal. Lo anterior no obsta para estar acompañados por un intérprete de su confianza (art. 563.7). De igual forma, si la persona que declara es sordomuda, la o el juzgador recibirá el testimonio por escrito; si no sabe escribir, con el auxilio de un intérprete o, a falta de éste, de una persona acostumbrada a entender al declarante, a quien se le posesionará en el mismo acto (art. 502.7); por lo general, son las personas indicadas en último término las que prestan el auxilio a este tipo de víctimas, ya que el Consejo Nacional de la Judicatura, hasta el momento de la revisión final de este trabajo investigativo (febrero de 2017), aún no efectivizaba el proceso de certificación de peritos intérpretes de lenguaje de señas y la acreditación de expertos en discapacidad visual, auditiva e intelectual.

3.4.8. Derecho a ingresar al Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal, de acuerdo con las disposiciones del COIP y la ley (art. 11.8).- Este Sistema, en adelante el SPAVT, fue establecido constitucionalmente⁸²⁸ como un organismo dirigido por la Fiscalía General del Estado, que contará con la participación coordinada de entidades públicas y organizaciones de la sociedad civil, afines a los intereses y objetivos del Sistema; su funcionamiento está regulado por los arts. 445 a 447 del COIP y por el *Reglamento del Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal*.⁸²⁹

Según el Reglamento pueden ingresar al SPAVT las personas que hayan sido víctimas o testigos de un delito o participen en un proceso penal (servidores/as

⁸²⁸ Arts. 78, inciso final, y 198 de la Constitución.

⁸²⁹ Promulgado en el Registro Oficial N° 219, segundo suplemento, de 4 de abril de 2014, que oficialmente circuló el 08 de abril de 2014.

judiciales, juez/a, fiscal, defensor/a público/a o privado, agente de protección, investigador/a, perito, cooprocesado o acusador/a particular) que se encuentren en una situación de riesgo como consecuencia de su participación en una causa penal de acción pública, en todas sus etapas, incluida la fase pre procesal, y que tengan la voluntad de ingresar al sistema; entendiendo por riesgo la probabilidad objetiva y razonable de una vulneración a sus derechos, lo cual incluirá posibles acciones u omisiones que afecten la vida, la integridad física, psicológica, sexual, la libertad y/o la seguridad de éstas personas. Para el SPAVT, son sujetos de atención prioritaria, entre otros, las víctimas de violencia sexual.

El reglamento establece los principios y enfoques bajo los cuales funcionará el SPAVT, destacándose entre los primeros la accesibilidad, oportunidad, voluntariedad, reserva y confidencialidad, proporcionalidad, necesidad y gratuidad; y, entre los segundos, los enfoques de derechos humanos, género, generacional e interculturalidad. Para la asistencia integral a las víctimas, el SPAVT debe trabajar articuladamente con otras entidades del Estado y con organizaciones no gubernamentales afines a sus objetivos.

Tanto el juez/a como el o la fiscal que lleva la investigación pueden solicitar el ingreso de la víctima o testigo al sistema; recibida la solicitud, luego de los estudios técnicos e informes de riesgo, físico, psicológico, jurídico, de trabajo social y demás que sean necesarios según el caso, los cuales son reservados y elaborados por servidores/as especializados/as de las Coordinaciones Provinciales,⁸³⁰ el o la Analista Provincial correspondiente, en el término máximo de cinco días, resolverá el ingreso o no ingreso de la víctima al sistema; con la resolución de ingreso el o la Analista Provincial debe aprobar un plan de intervención integral para la víctima que incluya medidas de protección especial y asistencia integral,⁸³¹ según el caso. La ejecución del plan no podrá

⁸³⁰ La estructura interna del SPAVT está conformada por las Unidades de la Fiscalía General del Estado con base en la siguiente estructura: Fiscal General del Estado; Dirección del SPAVT; Fiscales Provinciales; y, Coordinaciones provinciales del SPAVT. Las Coordinaciones provinciales estarán conformadas por: Analista Provincial del SPAVT, Analista Jurídico Provincial, Analista Financiero Provincial, Psicólogo/a Provincial; Trabajador/a Social Provincial; y, Agentes de la Unidad de Protección. Arts. 9 a 11 del Reglamento del SPAVT.

⁸³¹ La protección especial abarca, entre otros servicios: seguridad domiciliaria; seguridad permanente; seguridad semipermanente; seguridad para traslados locales, nacionales e internacionales; seguridad en centros de rehabilitación social; cambio temporal del fenotipo o imagen; uso de nuevas tecnologías (GPS,

exceder de un año y deberá ser socializado con la persona protegida. En casos emergentes se resolverá la protección inmediata de la persona de que se trate a fin de proteger su vida e integridad física y/o psicológica.

Adicionalmente, el inciso final del art. 11 del COIP establece que si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana se permitirá su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema Nacional de Protección y Asistencia de Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal; es decir, se hace referencia expresa a víctimas extranjeras protegidas por el SPAVT, más no a otras víctimas que no cuenten con tal protección. Al respecto, el art. 7, literal h., del Reglamento del SPAVT, dispone que, en tales casos, las víctimas tengan derecho a que se permita su estadía temporal o permanente en el territorio ecuatoriano, “en coordinación con la autoridad competente, mientras se encuentre dentro del Sistema”. Esto como medida de protección a todas las víctimas de violencia y no sólo a las de nacionalidad ecuatoriana.

Sin lugar a dudas, el SPAVT tiene una notoria importancia en el sistema de protección a las víctimas; sin embargo, la alta demanda de protección, el escaso presupuesto con el que cuenta⁸³² y la falta de sensibilidad de ciertos servidores/as del

botones de seguridad, videoconferencias para diligencias penales); autoprotección; y, otras medidas que se consideren necesarias, a partir del informe de riesgo de cada caso. La atención y asistencia integrales comprende: atención psicológica (que incluye atención de contención y primera acogida; comunidad terapéutica; terapias individuales; acompañamiento psicológico a la persona protegida cuando lo amerite considerando la actividad penal a desarrollarse; y, otras que se requieran de acuerdo con el caso respectivo); asistencia social temporal, cuando el caso lo amerite, para satisfacer las necesidades básicas de la persona protegida (incluye el suministro de los medios económicos para alojamiento, transporte, alimentación, comunicación, atención médica especializada, mudanza, acondicionamiento de vivienda y otros gastos indispensables, dentro o fuera del país, siempre y cuando no pueda obtenerlos, a consecuencia de un delito). Cuando el caso lo amerite, se dispondrán, además, otras medidas complementarias, tales como: patrocinio legal; incorporación de la persona protegida en el mercado laboral; salida del país de la persona protegida a un país extranjero por no más de 60 días, siempre que tal medida no afecte el curso normal del proceso penal y que exista la partida presupuestaria correspondiente; ingreso a instituciones educativas públicas o privadas; becas de ayuda educativa; ingreso a planes de estudio acelerados; y, otras medidas técnicamente definidas para evitar la revictimización y garantizar la protección especial, personal y/o familiar de las personas protegidas. Arts. 26 a 32 del Reglamento del SPAVT.

⁸³² Según información proporcionada, a pedido de la autora de este trabajo, por parte del Lcdo. Maggio Vladimiro Irigoyen Vargas, Director de Protección a Víctimas de la Fiscalía General del Estado, (constante en oficio N° FGE-GSPAVT-2016-006705-O, de 8 de junio de 2016) en el año 2013 el presupuesto del SPAVT era de US \$1.534.011,85 y en el año 2016 de US \$410.584,00, pese a que sólo de enero a abril de 2016 daba protección a 511 víctimas de delitos contra la integridad sexual sin contar las 60 y 47 víctimas de violencia física y violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, respectivamente, que también protegía.

sistema, han contribuido a que éste no funcione eficientemente y no puedan acceder al mismo todas las víctimas que lo requieren, siendo imperioso y necesario fortalecerlo con más recursos humanos y económicos, a fin de que este derecho de las víctimas en situación de riesgo pueda ser ejercido.

3.4.9. Derecho a recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal (art. 11.9).- Necesidades que, en casos de violencia sexual, por lo general abarca asistencia médica, psicológica y/o social desde el inicio del procedimiento hasta la finalización del mismo, incluso, después de éste, a fin de darle a la víctima las herramientas para enfrentar el proceso penal y, principalmente, reparar o remediar de alguna manera el daño causado por esta violencia, independientemente de que participe o no en el proceso. Esta asistencia especializada se dará en función de las circunstancias personales de la víctima, la naturaleza y gravedad de los daños sufridos o de otros factores como la edad, el sexo, la discapacidad, su estado de salud.

Cabe recordar que los delitos contra la integridad sexual tienen graves consecuencias psíquicas y físicas en las víctimas. En el plano psíquico éstas incluyen: síndrome de estrés postraumático, miedo, depresión y disfunción sexual, cuyo riesgo y severidad puede ser incrementado por el tipo de violencia sexual sufrida, el grado de violencia o intimidación empleado, la edad de la víctima, el hecho de haber sufrido una agresión sexual previa al nuevo evento traumático (victimización previa) o padecer disfunciones psíquicas en el momento de ser objeto de violencia sexual. Las consecuencias físicas, según el tipo de violencia sexual sufrida, pueden ser: el contagio de enfermedades de transmisión sexual, el embarazo forzado, el aborto, las lesiones que el ejercicio de la violencia y la práctica sexual impuesta pueden ocasionar en la víctima; además de que los efectos psicológicos que ocasiona la violencia sexual se traducen en muchos casos en un empeoramiento de la salud física de la víctima.⁸³³ Consecuencias que pueden alterar sustancialmente el equilibrio físico y psicológico de la víctima,

⁸³³ José Núñez Fernández, “La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 3ª época, N° 1, 2009, pp. 317-346, en <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30340>. Este trabajo es el resultado de un análisis cualitativo de una serie de estudios médicos psiquiátricos realizados, durante los últimos veinticinco años, principalmente en víctimas de violación y agresión sexual de población residente en áreas urbanas de Estados Unidos, Inglaterra y España.

máxime si el infractor es un familiar cercano, empeorando notablemente su calidad de vida o incidiendo en su determinación de acabar con ella (suicidio), por lo que se requiere atención interdisciplinaria, en especial terapia psicológica a tiempo, de mediano o largo plazo, para poder superar o paliar los efectos devastadores de esta violencia. Es necesario puntualizar que la violación sexual ha sido catalogada de manera específica como “el delito más amenazante para la integridad psicológica de la víctima”.⁸³⁴

Por ello, esta atención y asistencia requiere de personal sensibilizado, capacitado y receptivo a las necesidades de las víctimas, que garanticen una ayuda apropiada y rápida. Sin embargo, esto no siempre se da por cuanto la Fiscalía no cuenta con “personal suficiente en las áreas de investigación integral, mucho menos en cantones en donde las víctimas sufren un nuevo proceso de revictimización, esto es, el traslado hacia las capitales por falta de peritos en sus lugares de domicilio”, por lo que la cita correspondiente en las áreas de trabajo social y psicología, puede durar meses, pues se las realiza en función del “tiempo que la agenda permita”.⁸³⁵

No obstante, para que las víctimas reciban atención continua, sobre todo en caso de asistencia psicológica de largo plazo, es necesario que el Estado se apoye en la colaboración coordinada de organizaciones públicas y no gubernamentales reconocidas

⁸³⁴ Enrique Echeburúa, Paz de Corral y Belén Sarasua, “El impacto psicológico en las víctimas de violación”, en Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta, comps., *Cárcel de Mujeres ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, Ediciones Mensajero, s.f., p. 62, en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2028519/08+-+Impacto+psicologico.pdf>. González Fernández y Pardo Fernández señalan que esta forma de delito violento es altamente estresante, puesto que es vivenciado por la víctima con un miedo intenso a sufrir un grave daño físico o incluso la muerte, al que se añaden sensaciones de impotencia y desesperanza en cuanto a su incapacidad para escapar o evitarlo. De ello deriva -sostienen- un impacto psíquico cuyas repercusiones pueden manifestarse con immediatez al trauma o bien de manera diferida en el tiempo, y que van a depender tanto de las características del hecho estresante como de determinados condicionantes preexistentes en la víctima. Las reacciones inmediatas al trauma se presentan fundamentalmente en las esferas emocional y cognitiva. La sintomatología diferida puede presentar cuadros psicopatológicos tales como: - trastornos adaptativos ansiosos o depresivos (éste último incluye riesgo de suicidio en la víctima); - trastornos por estrés en sus distintas formas: trastorno por estrés postraumático, trastorno por estrés agudo, trastorno por estrés postraumático complejo; - disociación; - transformación permanente de la personalidad; - disfunciones sexuales; - inicio de hábitos de mala salud (tabaquismo, abuso de alcohol y de sustancias tóxicas e inicio de conductas sexuales de riesgo). Jorge González Fernández y Encar Pardo Fernández, *El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual*, 8º Congreso Virtual de Psiquiatría, Intersiquis, 2007, pp. 2-5, en <http://www.psiquiatria.com/bibliopsiquis/assetstore/16/23/29/162329768716453808248136442028445012499>.

⁸³⁵ Expresiones de la Dra. Paola Vivanco Murillo, Fiscal de Violencia de Género N° 01 de Machala, en respuesta a preguntas formuladas por la autora del presente trabajo investigativo, el 16 de noviembre de 2015.

que trabajan con víctimas de violencia de género, a fin de cubrir la demanda de este tipo de servicios para las víctimas, para lo cual deberá establecer protocolos de atención en los que prevalezcan el respeto de los derechos de las víctimas, en especial la no revictimización.

En cuanto a las actuaciones y técnicas especiales de investigación dentro del proceso, el COIP establece que se podrá solicitar un peritaje psicológico en los casos de violencia sexual, especialmente cuando la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o mujer embarazada; peritajes que se realizarán en centros especializados acreditados en esta temática (art. 465.5). Este tipo de peritaje es fundamental para determinar el grado de afectación que ha causado la violencia sexual en la víctima y es una de las pruebas, que en conjunto con otras, le permite al juzgador/a establecer la existencia de la infracción.

Adicionalmente se establece que, siempre que la víctima lo solicite o cuando la o el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepte, el testimonio será receptado con el acompañamiento de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros. Esta norma se aplicará especialmente en los casos en que la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o persona con discapacidad (art. 510.5). De ahí la importancia de que la Fiscalía cuente con personal capacitado en atención a víctimas en crisis, el cual debe estar a disposición permanente de las víctimas que lo requieran, no sólo para la recepción de su testimonio sino para la recepción de su denuncia que, por lo general, es el momento en que la víctima está en el punto más álgido de la crisis, porque acaba de vivir el momento traumático.

3.4.10. Derecho a ser informada por la o el fiscal de la investigación pre procesal y de la instrucción; y, aun cuando no haya intervenido en el proceso, a ser informada del resultado final del mismo en su domicilio si se lo conoce (arts. 11.10 y 11.11).- El objetivo esencial del reconocimiento de este derecho es garantizar que la

víctima tenga acceso lo antes posible, de forma efectiva y por los medios que se consideren adecuados, a la información pertinente para la protección de sus derechos.⁸³⁶

El COIP le ha conferido esta obligación a la Fiscalía, toda vez que ésta dirige la investigación pre procesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. Esta obligación está reforzada por disposición del art. 442 del COIP, según la cual la o el fiscal debe instruir a la víctima “sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa;” es decir, debe darle a conocer, enseñarle, orientarle e informarle sobre todos estos aspectos incluido el resultado final del proceso, en un lenguaje sencillo, claro y comprensible y de forma cálida y respetuosa, a través de los medios que sean necesarios para que tal información sea entendida por la víctima, tomando en cuenta su edad, nivel de instrucción, capacidad intelectual, estado emocional, discapacidad física o mental, limitaciones auditivas o de expresión oral; de manera que la víctima pueda tomar decisiones con conocimiento de causa sobre su participación en el proceso o conocer su condición y el alcance de sus derechos. Esto implica, entre otras medidas, la necesidad de que el Consejo Nacional de la Judicatura certifique a la brevedad peritos intérpretes de lenguaje de señas y la acreditación de expertos en discapacidad visual, auditiva e intelectual, como se resaltó en líneas anteriores.

Es importante anotar que esta obligación de informar a la víctima no puede recaer solamente en el o la Fiscal, sino que debe ampliarse a otros operadores de sistema de justicia (como la Policía y Defensoría Pública) y a profesionales que, como los peritos médicos legistas, tienen contacto con la víctima. Así por ejemplo, el derecho a la información que le asiste a la víctima es fundamental cuando se requiere la práctica de exámenes médicos o corporales a fin de constatar circunstancias relevantes para la investigación de casos de delitos contra la integridad sexual, en los cuales se requiere del consentimiento informado de la víctima o de su representante previo a la práctica de dichos exámenes, y no sólo de su “consentimiento escrito” como lo puntualiza el art. 465.1 del COIP, puesto que la víctima o, en su caso, su representante debe ser informada de los exámenes que se le van a practicar, en qué consisten los mismos y la forma cómo

⁸³⁶ Ágata Ma. Sanz Hermida, *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Madrid, Iustel, 2009, 1ª ed., p. 64.

se los va a practicar, a fin de que consienta a ello; no hacerlo es instrumentalizar a la víctima para sacar de su cuerpo las pruebas de la infracción.

3.4.11. Derecho a ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, **en relación con su dignidad humana** (art. 11.12.).- Es decir, las víctimas de infracciones penales tienen derecho, durante la fase de la investigación previa y en las diferentes etapas del proceso penal, a un trato igualitario, digno y respetuoso a su condición de persona afectada por la infracción. Se trata de dos derechos interrelacionados que, independientemente del lugar que ocupan en la lista del art. 11 del COIP, son dos de los derechos fundadores de los derechos de las víctimas y, aún más, de los derechos humanos. Pérez Luño establece una íntima conexión entre la dignidad humana,⁸³⁷ la libertad “moral” y la igualdad, “valores que configuran el núcleo conceptual de los derechos humanos”, y precisa que “la dignidad humana supone el valor básico fundador de los derechos humanos”.⁸³⁸ En la misma línea García García sostiene que esta trilogía de valores superiores (dignidad, libertad e igualdad) representan el punto de partida de toda ponderación sobre los derechos de la personalidad y fundamentales de la persona humana.⁸³⁹

Aunque en la redacción de este derecho de las víctimas no se menciona la *libertad*, sí se lo hace en el derecho establecido en primer orden, antes analizado, en el que se señala que las víctimas tienen derecho a participar o no en el proceso o a dejar de

⁸³⁷ El contenido de la expresión “dignidad humana” no ha sido uniformemente definido por la doctrina ni por la jurisprudencia; sin embargo, un buen esfuerzo de sistematización del mismo se lo encuentra en la sentencia T-881/02, en la cual la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte, lo sintetiza de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. En la primera identifica tres lineamientos: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). En la segunda identifica otros tres lineamientos: “(i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-881/02, de 17 de octubre de 2002, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>.

⁸³⁸ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial TECNOS, 1999, 6ª ed., p. 318.

⁸³⁹ Clemente García García, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia/Servicio de Publicaciones, 2003, pp. 30 y ss.

hacerlo en cualquier momento; con lo cual se configuraría esta “trilogía de valores” de la que dimanarían los derechos humanos de las víctimas de infracciones penales.

Además, la igualdad es uno de los principios procesales establecidos en el COIP, según el cual “es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad” (art. 5.5 COIP).

El derecho al trato en condiciones de igualdad debe entenderse en relación con las otras partes procesales⁸⁴⁰ y en cuanto a gozar de los mismos derechos y oportunidades procesales previstas para ellas; en particular las garantías del derecho a la defensa establecidas en el art. 76.7 del COIP, a saber: contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa; ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; acceder a todos los documentos y actuaciones procesales; ser interrogada con la presencia de un abogado/a particular o defensor/a público/a, en los lugares autorizados para el efecto; ser asistida gratuitamente por un traductor/a o interprete si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento; ser asistida por un/a abogado/a de su elección o por un defensor/a público/a sin que se restrinja su comunicación libre y privada con éste/a; presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; contar con un juez/a independiente, imparcial y competente; ser notificada con resoluciones judiciales debidamente motivadas; y, recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

En consonancia con lo señalado, uno de los principios que rige el anuncio y la práctica de la prueba es la *igualdad de oportunidades para la prueba*, según el cual “se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal” (art. 454.7). Esta disposición ilustra sobre cómo debe entenderse la igualdad: no sólo como *igualdad formal* o ante la ley sino también como *igualdad material* o aquella que se orienta a corregir las desigualdades tomando en

⁸⁴⁰ Según el art. 439 del COIP, son sujetos del proceso penal: 1. La persona procesada; 2. La víctima; 3. La Fiscalía; y, 4. La Defensa.

cuenta la condición real de las personas (en este caso de las víctimas de infracciones penales) en el ámbito económico, social y cultural; lo que obliga a tratar de forma diferenciada a las personas desigualmente situadas.

Uno de los mecanismos para conseguir esta igualdad material son las llamadas *medidas de acción afirmativa*, que buscan conceder beneficios a grupos en situación de desigualdad social por razones de edad, sexo, etnia, raza, identidad de género, orientación sexual, condición socio-económica, estado de salud, discapacidad, entre otras; medidas que el Estado debe adoptar “en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”, conforme lo manda el art. 11.2, inciso final, de la Constitución. Esto implica, como sostiene Judith Salgado, que el Estado parte de reconocer que las estructuras sociales, económicas y culturales están atravesadas por relaciones de poder asimétricas que han posicionado a ciertos grupos de personas en situaciones privilegiadas y a otros grupos en situaciones de desigualdad.⁸⁴¹ En ese sentido, la Constitución señala como grupos de atención prioritaria y especializada, tanto en los ámbitos público como privado, a las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad; y, añade, que la misma atención prioritaria la recibirán las personas en situación de riesgo, entre las que incluye a las víctimas de violencia sexual, puntualizando que el Estado prestará especial protección a las personas en condición de *doble vulnerabilidad*, esto es, en el presente caso: víctimas de violencia sexual que además son niñas, niños o adolescentes y/o adolecen de alguna discapacidad y/o alguna enfermedad catastrófica; o víctimas de violencia sexual, adulta o no, indígena, afroecuatoriana, migrante, pobre, con diferente identidad de género u orientación sexual o con cualquier otra distinción personal o colectiva que le genere discriminación.

De ahí que, como elemento constitutivo de este derecho el COIP disponga que, cuando amerite, se aplique a favor de la víctima medidas de acción afirmativa para garantizar una investigación, proceso y reparación, acorde con su dignidad humana. Esto

⁸⁴¹ Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009, p. 141.

es aplicable, por ejemplo, cuando se trata de una víctima con discapacidad física o de cualquier otro tipo frente a lo cual el sistema de justicia deberá arbitrar medidas especiales para que estas víctimas puedan tener acceso a lugares (instalaciones policiales, fiscales o judiciales), servicios (sociales o médicos) y recursos (humanos y/o materiales para hacerse “oír” o entender); acceso que les estaría vedado si no se arbitrarán estas medidas. Es decir, este derecho implica, entre otras particularidades, que el sistema de justicia se adapte a las necesidades de las víctimas para que participen en el proceso penal en condiciones de igualdad. Siguiendo con el ejemplo, si la víctima tiene discapacidad visual se le debe dotar de las herramientas para que haga uso del lenguaje *braille* en el momento de rendir su testimonio y de que el mismo sea traducido simultáneamente por un experto en la materia; si tiene discapacidad intelectual o se trata de un/a niño/a de corta edad que se le facilite el uso de muñecos sexuados o de otros recursos para que pueda “expresar”, con la ayuda de un/a profesional en psicología, su historia de violencia sexual dentro del proceso. O si la víctima carece de recursos económicos se le asigne un defensor gratuito. Todo lo cual deberá tomarse en cuenta en las distintas etapas y fases procesales, así como al momento de dictar sentencia y al establecer la reparación integral.

Entendiendo este derecho desde la igualdad formal como material se logrará su verdadera realización a favor de las víctimas pues, como sostiene Ferrajoli, “en ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las «diferencias», a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las «desigualdades»”.⁸⁴²

Sin embargo, este derecho carece de un componente básico en el caso de víctimas de delitos contra la integridad sexual: la no discriminación directa e indirecta. Puesto que, como se señaló, en las prácticas procesales o en las actuaciones judiciales diferentes operadores de justicia, por la influencia de patrones socioculturales discriminatorios y estereotipos de género, discriminan de manera explícita a las víctimas de delitos contra la integridad sexual descalificando su credibilidad, culpabilizándolas

⁸⁴² Luigi Ferrajoli, “Igualdad y diferencia”, en Danilo Caicelo Tapia y Angélica Porras Velasco, eds., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, Quito, 1ª ed., 2010, p. 168.

por la infracción, cuestionando su comportamiento o minimizando el hecho, sobre todo cuando éstas son adultas.⁸⁴³ O cuando las/os fiscales impulsan una investigación o plantean una teoría del caso sin perspectiva de derechos y de género o dan a estos casos el mismo tratamiento que darían a un caso de robo o hurto o cuando las o los juzgadores hacen interpretaciones de la ley, de los hechos y de las pruebas sin ninguna perspectiva de derechos y de género; prácticas que a primera vista parecen neutrales pero que impactan de manera perjudicial en los derechos de las víctimas de estos delitos y en los resultados del proceso. Es decir, el sistema de justicia penal prevé que las partes procesales sean tratadas según el principio de igualdad, pero en la práctica, en el proceso penal la mujer víctima de delitos contra la integridad sexual, sobre todo adulta, es objeto de un trato discriminatorio, conforme se ha puntualizado en líneas anteriores.

Por ello, es pertinente incorporar en el art. 11 del COIP el derecho a la no discriminación como un derecho más de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, a fin de contribuir a cambiar las prácticas de quienes aplican el Derecho, la cultura jurídica y las condiciones estructurales que propician la violencia de género y que colocan en situación de desventaja a estas víctimas dentro del proceso penal.

Con todo, los derechos de las víctimas establecidos en el COIP enfatizan en los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación reconocidos, principalmente, en la jurisprudencia de la Corte IDH; estos derechos sustentan un conjunto de normas orientadas a que en el proceso penal se apliquen los procedimientos y actuaciones que mejor garanticen los derechos de las víctimas. Se trata de una *normativa pro víctima* que ha incorporado la tendencia internacional sobre la materia, la realidad y las necesidades de las víctimas en nuestro medio, y que propugna la centralidad de la víctima en el proceso penal, en el entendido de que la víctima es parte fundamental del conflicto penal (sin ella no hay delito) a la que deben respetarse sus derechos tanto por ser la perjudicada por la infracción cuanto por ser un sujeto procesal.

En ese sentido, si bien las medidas legislativas para tipificar y sancionar la violencia sexual como para proteger a sus víctimas son mecanismos claves de debida diligencia y de tutela judicial efectiva implementados por el Estado ecuatoriano a favor

⁸⁴³ Véanse *supra* notas 781, 782 y 783.

de tales víctimas, dichas medidas son ineficaces si quienes aplican el Derecho o administran justicia en estos casos no son capaces de hacer a un lado sus prejuicios de género que conculcan los derechos de aquellas.

En orden a otros mecanismos de tutela a favor de las víctimas de violencia sexual es importante mencionar que, mediante Resolución N° 69-2012, de 13 de junio de 2012, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió declarar de máxima prioridad a todos los procesos que por delitos contra la libertad e indemnidad sexual se siguen en los juzgados y unidades judiciales de garantías penales de todo el país, especialmente, los cometidos contra niñas, niños y adolescentes y personas en condiciones de vulnerabilidad; y dispuso que, respetando las etapas y los tiempos procesales, las juezas, jueces, servidoras y servidores judiciales conforme al principio de celeridad recogido en el art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial y la declaración anterior, den el impulso necesario en cada una de las causas determinando la existencia del delito y las consecuentes responsabilidades que deriven en las oportunas sanciones que correspondan de conformidad con el proceso y la ley.

Asimismo dispuso que, tanto las Direcciones Provinciales como la Coordinación de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, inicien y/o impulsen de manera prioritaria, los sumarios administrativos instaurados contra fiscales, defensoras y defensores públicos, juezas, jueces, servidoras y servidores judiciales, por presuntas infracciones disciplinarias que se detecten en los procesos judiciales que se sustancian por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, especialmente, cuando han sido cometidos contra niñas, niños o adolescentes; que la Escuela Judicial presente un plan de sensibilización y capacitaciones dirigidos a fiscales, defensoras y defensores públicos, juezas, jueces, servidoras y servidores judiciales que contribuya a garantizar los derechos de las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, especialmente niñas, niños y adolescentes⁸⁴⁴ y que el Director General proponga y adopte todas las medidas y acciones que sean necesarias en el ámbito normativo y administrativo judicial

⁸⁴⁴ Según información proporcionada, a pedido expreso de la autora de este trabajo, por parte de la Ab. Patricia Andrade Baroja, Directora Nacional de la Escuela de la Función Judicial, (constante en oficio CJ-EFJ-2016-608, de 11 de mayo de 2016) “la Escuela de la Función Judicial no ha impartido capacitaciones sobre los derechos de las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual”; no obstante, lo que sí se ha impartido son las capacitaciones a que se ha hecho referencia en *supra* nota 780.

para analizar las respuestas judiciales como el caso de modelo de atención, estadísticas, contenidos de sentencias; y para evitar la impunidad en este tipo de delitos, especialmente, los cometidos contra niños, niñas o adolescentes.⁸⁴⁵

Bajo esta misma óptica, la Fiscalía General del Estado, dispuso mediante Resolución N° 043, de 22 de junio de 2015, la creación de las Unidades Especializadas en Violencia de Género como un plan piloto que se implementó inicialmente en las 12 provincias de mayor incidencia de estos delitos: Chimborazo, El Oro, Esmeraldas, Guayas, Imbabura, Los Ríos, Manabí, Pichincha, Santo Domingo de los Tsáchilas, Sucumbíos, Azuay y Tungurahua, para paulatinamente extenderse a las 24 provincias del país.⁸⁴⁶

Conforme a lo resuelto por la Fiscalía, las y los fiscales que laborarán en estas Unidades serán capacitados en técnicas apropiadas para la investigación de cada uno de los delitos de violencia de género, con el propósito de que prevalezcan los derechos de inviolabilidad de la vida, integridad personal, física, psíquica, moral, sexual y no revictimización. Estas capacitaciones especializadas son importantes para garantizar que los casos de violencia de género, entre ellos los de violencia sexual, no queden en la impunidad; puesto que, tal como lo han señalado reiteradamente tanto la Corte IDH

⁸⁴⁵ Según información proporcionada el 10 de mayo de 2016, a la autora de esta trabajo, por parte de la Dra. Patricia Salazar, Directora Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia del Consejo de la Judicatura, (constante en correo electrónico de la misma fecha) la resolución N° 69-2012 derivó en la suscripción, el 3 de diciembre de 2012, del *Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Educación y el Consejo de la Judicatura Transitorio para promover líneas de acción interinstitucionales para la efectiva investigación y sanción de los delitos sexuales contra la niñez y adolescencia en el ámbito educativo, garantizando su no revictimización*; este Convenio Marco tiene como objetivo el desarrollo de acciones coordinadas entre las partes suscriptoras, dentro de sus respectivas competencias, “para garantizar espacios educativos libres de violencia y reducir los históricos niveles de impunidad por medio de la atención, protección, investigación y restitución inmediata, oportuna y con enfoque de derechos evitando la revictimización de niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia sexual y violencia de género”, sobre la base, entre otras, de la siguiente línea de acción: “Aplicación del principio de inmediatez en la investigación y juzgamiento de los casos de violencia sexual y violencia de género detectada o cometida en el sistema educativo”. Este convenio tiene una duración de 5 años a partir de su suscripción. Sin embargo, puntualiza la Dra. Salazar, “las acciones posteriores que se han emprendido en el ámbito de la violencia de género no guardan relación con esta Resolución sino con el Plan Estratégico de la Función Judicial, aprobado por el Consejo de la Judicatura que asumió sus funciones en enero de 2013 y específicamente el objetivo 2 denominado “Promover el óptimo acceso a la justicia”. El Plan Estratégico de la Función Judicial 2013-2019 está disponible en <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/LIBROPLANESTRATEGICOIMPRESIONWEB.pdf>.

⁸⁴⁶ Según información de la Fiscalía, publicada en marzo de 2017, las Unidades Especializadas en Violencia de Género ascienden al número de 70, distribuidas en 23 de las 24 provincias del país. En <http://www.fiscalia.gob.ec/index.php/fiscalias-especializadas/violencia-de-genero>.

como la CIDH, las investigaciones de estos casos deben llevarse a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género, ya que cuando esto no sucede se registran retrasos y vacíos fundamentales en las investigaciones, que afectan negativamente el futuro procesal del caso.⁸⁴⁷

Aún más, sin capacitaciones específicas con enfoque de género el operador u operadora de justicia no cuenta con las herramientas para reconocer, por ejemplo, las motivaciones socioculturales que llevaron al acusado a cometer un delito de esta naturaleza o reconocer la discriminación y violencia sufrida por una víctima en su vida cotidiana como antecedente de un delito de violencia de género de que ha sido objeto, o para considerar objetivamente (libre de estereotipos y prejuicios discriminatorios) pruebas claves que contribuyan al esclarecimiento y sanción del delito cometido.

En definitiva, mediante la incorporación en el COIP de los derechos antes analizados que les asiste a las víctimas del delito, el Estado ecuatoriano ha comenzado a revalorizar el rol de éstas en el proceso penal, a incrementar su protagonismo, a reintroducirlas en su caso y, de alguna manera, a “devolverles el conflicto” expropiado con el monopolio del *ius puniendi*; “conflicto” que, en el caso de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, es generado por la sociedad patriarcal que cosifica, hipersexualiza y mercantiliza los cuerpos de mujeres, niños y niñas, degradándoles su dignidad humana. De ahí que el Estado y la sociedad, y no sólo el victimario, deben, fundamentalmente, devolverles a estas víctimas la dignidad que les fue arrebatada con la comisión del delito: escuchando su voz, atendiendo sus intereses y necesidades durante el desarrollo del proceso, reparando integralmente el daño causado, adoptando todas las medidas apropiadas para prevenir la ocurrencia de estos delitos y generando las condiciones para erradicar la violencia sexual. Lo cual no sólo responde a las exigencias normativas analizadas en este trabajo sino a la construcción de una sociedad más justa.

⁸⁴⁷ CIDH, *Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, supra nota 424, párr. 46.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo investigativo se ha procurado establecer si el sistema penal ecuatoriano está o no en armonía con la normativa constitucional e internacional existente en relación a la protección de los derechos de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y si en el proceso penal ecuatoriano se respeta o no los derechos de estas víctimas, fundamentalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva; esto, sobre la base del análisis de lo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido respecto de la tutela judicial efectiva y de la protección a las víctimas de violencia sexual. El análisis realizado permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la tutela judicial efectiva es el derecho de toda persona a tener acceso, en condiciones de igualdad, a los órganos jurisdiccionales competentes, independientes e imparciales, establecidos por la ley, para la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o por el perjuicio ocasionado a ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil o de cualquier otro; a través de un proceso que respeta derechos y garantías mínimos, reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, desde el momento de acceder al mismo, durante su tramitación y una vez dictada sentencia, hasta su completa ejecución.

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha hecho una reinterpretación de la finalidad del proceso al concebirlo como un instrumento de garantía y salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales, tanto del inculcado o condenado como de las víctimas de delitos y, en general, de todas las personas que accedan a él. En ese marco, ha establecido que son *comunes para la víctima y la persona procesada* los siguientes derechos y garantías judiciales: igualdad ante los tribunales, acceso a la justicia y defensa en juicio (sobre la base del debido proceso) e imparcialidad de los jueces. Adicionalmente, de manera específica, a la *víctima* le asiste el derecho a la verdad procesal (conocer lo que sucedió), el derecho a la justicia (investigación y sanción) y el derecho a la reparación adecuada por el daño sufrido; y, a la *persona procesada*, los otros derechos y garantías judiciales que profusa o acotadamente han sido

establecidos en los instrumentos internacionales analizados y en la jurisprudencia correspondiente.

3. El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos también ha consolidado la protección a las víctimas de delitos dentro del sistema de justicia penal, el cual les debe reconocer una serie de derechos legítimos tendientes a recuperar su dignidad personal, a saber: derecho a la información, derecho a entender y ser entendida, derecho a participar en el proceso, derecho a un trato digno, derecho a no ser revictimizada, derecho a la asistencia profesional de acuerdo a sus necesidades, derecho a la protección y derecho a la reparación.

4. El Estado ecuatoriano está obligado, por mandato constitucional, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género, así como a garantizar a las personas el acceso gratuito a la justicia y la tutela judicial efectiva de sus derechos y a dar protección especial a las víctimas de infracciones penales que acceden a la justicia, garantizándoles no ser revictimizadas durante el proceso penal. En consonancia con este mandato, y acogiendo las modernas corrientes de las Ciencias Penales y los postulados doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales -con perspectiva victimal- de organismos internacionales de derechos humanos, el COIP redefine el conflicto penal y le da a la víctima de violencia sexual su lugar en el procedimiento penal, reconociéndole para el efecto un conjunto de derechos, tales como: el derecho a participar o no en el proceso, a la protección especial, a la reparación integral, a la no revictimización, a la defensa, a la asistencia integral, a la información y a ser tratada en condiciones de igualdad. Derechos que se complementan con otras disposiciones procesales tendientes a garantizarles el derecho a la tutela judicial efectiva y dejar en el pasado el tratamiento que se les daba como objetos funcionales a los fines del proceso penal. Lo cual constituye un avance fundamental en el reconocimiento *normativo* de las víctimas de infracciones penales como sujetos de derechos dentro del proceso penal.

5. Sin embargo, conforme se desprende de anteriores investigaciones y de la jurisprudencia que, pese a las limitaciones del esquema investigativo del presente trabajo, se logró recabar, en el proceso penal ecuatoriano aún persisten prácticas discriminatorias hacia las víctimas de delitos contra la integridad sexual -máxime si se

trata de mujeres adultas- que obstaculizan la efectiva implementación de esta normativa y la sanción de estos delitos. De ahí que sea pertinente incorporar en el art. 11 del COIP el derecho a la no discriminación como un derecho más de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, con el fin de contribuir a cambiar las prácticas de quienes aplican el Derecho, la cultura jurídica y las condiciones estructurales que propician la violencia de género y que colocan en situación de desventaja a estas víctimas dentro del proceso penal. Esto, sin perder de vista que la discriminación estructural y la falta de igualdad sustantiva sitúan particularmente a las mujeres en un escenario de desprotección frente a la violencia sexual, respecto de lo cual el Estado ecuatoriano tiene obligaciones específicas de índole preventivas, básicamente, orientadas a la transformación de las prácticas culturales que reproducen la violencia contra la mujer.

6. La *normativa pro víctima* que propugna el COIP requiere de los operadores y operadoras de justicia una verdadera comprensión de las causas y los efectos que produce la violencia sexual sobre sus víctimas, así como de un cambio de mentalidad y de prácticas judiciales libres de prejuicios de género que les garantice a éstas la igualdad y no discriminación en el acceso a la administración de justicia y durante el proceso penal, hasta la reparación integral del daño. Sin estos componentes, el imperativo legal y constitucional no podrá trascender a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de delitos contra la integridad sexual.

7. Más allá de los avances legislativos, que en efecto -como se ha analizado en el presente trabajo- se han producido en los últimos años en Ecuador, la investigación y judicialización de los casos de delitos contra la integridad sexual sin la debida diligencia, y sin un procedimiento sensible a las razones que los generan y a los impactos diferenciados que éstos causan en hombres y mujeres, constituye un incumplimiento por parte del Estado ecuatoriano de sus obligaciones constitucionales e internacionales en cuanto a la protección de las víctimas de violencia sexual y, de manera específica, de su obligación de garantizarles el derecho a la tutela judicial efectiva.

8. Es imperioso profundizar en el trabajo de formación y capacitación *continua* de los diferentes operadores y operadoras del sistema de justicia penal (Policía, Fiscalía, Defensoría Pública, Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses y órganos jurisdiccionales de la Función Judicial) en materias claves

como derechos humanos, derechos de las víctimas y enfoque de género en el abordaje, investigación, sanción y reparación de la violencia sexual, así como implementar *auditorías periódicas* de la aplicación de dicha capacitación, a fin de tomar correctivos oportunos tendientes a evitar la vulneración de los derechos procesales de las víctimas de violencia sexual. Más aún, es necesario transversalizar el enfoque de género y de derechos humanos en el accionar de las indicadas instituciones con el fin de que puedan actuar de forma apropiada en casos de violencia de género y dar respuestas a las víctimas de tal violencia tomando en cuenta los derechos que les asiste y, en general, los compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, 2005, en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>.
- Aba Catoira, Ana, *El secreto de Estado y los servicios de inteligencia*, Cuadernos Const. de la Cátedra Fadique Furió Ceriol N° 38/39, Valencia, 2002, en <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/830972.pdf>.
- Andrade Ubidia, Santiago, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edits., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, pp. 239-268, 2009.
- Andreu-Guzmán, Federico y Courtis, Christian, “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, en Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 1ª ed., pp. 51-60, 2008.
- Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ Sao Paulo/ Marcial Pons, 7ª ed., 2013.
- Arroyo, Roxana y Valladares, Lola, “Derechos humanos y violencia sexual contra las mujeres”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, compilador y compiladoras, *El Género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., pp. 397-461, 2009.
- Asúa, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en Patricia Laurenzo, Maria Luisa Maqueda, Ana Rubio, coords., *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 131-170, 2008.
- Ávila Linzán, Luis, “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *La Constitución del 2008*

- en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., pp. 227-283, 2008.
- Ávila Linzán, Luis, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., pp. 163-225, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Los principios de aplicación de los derechos”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., pp. 39-72, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., pp. 19-38, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, (Pensamiento jurídico contemporáneo, 1), 1ª reimpresión, 2012.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992.
- Barrére, María Ángeles, “Género, discriminación y violencia contra la mujeres”, en Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio coords., *Género, Violencia y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 27-47, 2008.
- Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., 2009.
- Buompadre, Jorge Eduardo, “Delitos contra la integridad sexual. Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal”, en *Revista Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, vol. 1999-3, pp. 731-742, 2001.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta, 30ª ed., tomos 3 y 4, 2008.

- Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Casal, Jesús María, *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la justicia*, ILDIS, 1ª ed., 2005.
- Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal, parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 7ª ed. actualizada y ampliada, 2007.
- Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1988.
- Chamorro Bernal, Francisco, *La Tutela Judicial Efectiva Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Derecho Penal Internacional y Derechos Humanos”, en Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta Arzamendi, comps., *Protección de los Derechos Humanos en Derecho Penal Internacional y Español*, VII Cursos de Verano en San Sebastián, Ed. Universidad del País Vasco, UPV/EHU, pp. 11-20, 1989, en <http://www.ehu.eus/es/web/ivac/proteccion-de-los-derechos-humanos-en-derecho-penal-internacional-y-espanol>.
- Delgado Martín, Joaquín, “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, en Revista Xurídica Galega, N° 39, pp. 79-105, 2003.
- Despouy, Leandro, “Acceso a la Justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, en Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 1ª ed., pp. 111-139, 2008.
- Díez Ripollés, José Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Anuario de Derecho Penal 1999-2000, Fribourg/Lima, pp. 51-81, 2000, en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario/numeros#1999>.
- Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2ª ed. actualizada, 2002.

- Donoso Castellón, Arturo, “Supresión de la pena de prisión”, en Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, año XIX, N° 54, pp. 55-72, mayo 1991.
- Durán Díaz, Edmundo, “Nuevas instituciones del Código de Procedimiento Penal: el papel del juez”, en Revista Iuris Dictio, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año 12, N° 14, pp. 169-179, s.f.
- Dussich, John, “La importancia de la vulnerabilidad para la Victimología”, en Hilda Marchiori, coord., *Vulnerabilidad de las Víctimas*, Serie Victimología, Córdova, Encuentro Grupo Editor, 1ª ed., pp. 10-19, 2012.
- Echeburúa, Enrique, de Corral, Paz y Sarasua, Belén, “El impacto psicológico en las víctimas de violación”, en Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta, comps., *Cárcel de Mujeres ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, Ediciones Mensajero, s.f., pp.55-63, en <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2028519/08+-+Impacto+psicologico.pdf>.
- Facio, Alda, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ª ed., pp. 541-558, 2009.
- Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae*, San José, ILANUD, 1996, 2ª ed.
- Fattah, Ezzat, “Victimología: pasado, presente y futuro”, trad. al español por María del Mar Daza Bonachela, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N° 16-r2, 2014, en <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>.
- Faúndez, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- Fernández Ruiz, Jorge, “Disertación sobre el servicio público”, en Foro: Revista de Derecho, N° 13, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador/CEN, pp. 5-21, 2010.
- Ferrajoli, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en Danilo Caicelo Tapia y Angélica Porras Velasco, edits., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 1ª ed., 2010.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 1997.

Fiscalía General del Estado, *Instructivo para la aplicación del Protocolo de peritaje forense relacionado a infracciones penales de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y lesiones*, Ecuador, 2014, en http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Medicina%20Legal/1_Instructivo.pdf.

Flor Vásconez, Jaime, “Aspiración de sustituir la pena de prisión correccional por multa en los delitos intencionales y la eliminación de la prisión por contravenciones de policía”, en *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, año XIX, N° 54, pp. 125-140, mayo 1991.

García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª ed., 2003.

García García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia/Servicio de Publicaciones, 2003.

García Morillo, Joaquín, *Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 1991.

García S., Fernando, *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO, sede Ecuador, 1ª ed., 2002, en <https://www.flacso.edu.ec/docs/saformasindigenas.pdf>.

Gerardo, Landrove Díaz, *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

González Fernández, Jorge y Pardo Fernández, Encar, *El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual*, 8º Congreso Virtual de Psiquiatría, Intersiquis, 2007, en <http://www.psiquiatria.com/bibliopsiquis/assetstore/16/23/29/162329768716453808248136442028445012499>.

González Pérez, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2001.

Gómez-Ferrer Morant, Rafael, “La tutela judicial efectiva como derecho fundamental”, en *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Seminario de profesores de*

- la Facultad de Derecho*, dirigido por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, ed., Zaragoza, Institución Fernando el Católico, pp. 9-30, 1985.
- Gozáíni, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- Henderson, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en Revista IIDH, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 39, 2004.
- Herrera Moreno, Myriam, “Historia de la victimología”, en Enrique Baca, Enrique Echeburúa y Josep Tamarit Sumalla, coords, *Manual de Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996.
- Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal*, Lima, EDDILI, 2ª ed., 1987.
- Hurtado Reyes, Martín, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Lima, Palestra, 2006.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*, 2012, en <http://anda.inec.gob.ec/anda/index.php/catalog/94>.
- IIDH-CEJIL, *Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1ª reimpresión, 2004.
- Illaquiche Licta, Raúl, *Administración de justicia indígena en la ciudad: estudio de un caso*, Revista Yachaikuna, publicación semestral del Instituto Científico de Culturas Indígenas, Ecuador, 1 de abril 2001, en <http://www.icci.org.ec/wp-content/uploads/2001/04/illaquiche.pdf>.
- Jauregui Sansinenea, Ainara, *El “círculo víctimal” en la victimización sexual infantil*, Universidad del País Vasco, 2015, en <http://www.siiis.net/documentos/ficha/507008.pdf>.
- Jimena Quesada, Luis, *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.
- Jimena Quesada, Luis, *El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros*

- europesos*, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 50/51, s.f., en <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2538660.pdf>.
- Kramer, Heinrich y Sprenger, Jacobus, *Malleus Maleficarum*, ediciones Orión, traducción de Floreal Maza, s.f., en http://www.reflexionesmarginales.com/biblioteca/Malleus_Maleficarum.pdf.
- Landrove Díaz, Gerardo, *Victimología*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990.
- Langer, Máximo, *Revolución en el proceso penal latinoamericano. Difusión de ideas legales desde la periferia*, Santiago de Chile, CEJA, 2008.
- Mbuyi, Kabunda Badi, *Derechos humanos en África Teorías y prácticas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000.
- Larrauri Pijoan, Elena, “El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración”, en Cuadernos de Derecho Judicial, N° 7, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, pp. 175-196, 1997.
- Larrauri Pijoan, Elena, “Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”, en Juan Bustos Ramírez y Elena Larrauri Pijoan, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona, PPU S.A, 1ª ed., pp. 75-128, 1993.
- Llasag Fernández, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edits., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, pp. 179-209, 2009.
- Madrid-Malo Garizábal, Mario, *Derechos Fundamentales*, Bogotá, 3R editores, 2ª ed., 1997.
- Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., tomo I, 2004.
- Margadant, Guillermo, *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos con sus antecedentes*, México D.F., UNAM, 2ª ed., 1997.
- Marchiori, Hilda, “Vulnerabilidad y procesos de victimización post-delictivo. El derecho a la reparación”, en Hilda Marchiori, coord., *Victimología. Vulnerabilidad de las Víctimas*, Córdoba, Encuentro Grupo Editor, pp. 18- 32, 2012.

- Medina, Cecilia y Carrillo, Patricia, *Los lenguajes de la IMPUNIDAD. Informe de investigación delitos SEXUALES Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM-Quito, Quito, 2007.
- Montaña Pinto, Juan, “La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, pp. 189-215, 2008.
- Montaña Pinto, Juan, “Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección”, en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, eds., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: parte especial, garantías constitucionales en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 1ª reimpresión, tomo 2, pp. 103-130, 2012.
- Morillas Fernández, David, Patró Hernández, Rosa y Aguilar Cárceles, Marta, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, Editorial Dykinson, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2ª ed., 2001.
- Muñoz Conde, Francisco, “Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, s.f., en https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4214/1/pg_268-297_penales13.pdf.
- Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie G, Estudios doctrinales, núm. 7, 1ª reimpresión, 1989.
- Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdova/Argentina, Lerner Editora S.R.L., 3ª ed. actualizada, 2008.
- Núñez Fernández, José, “La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico”, en *Revista de Derecho Penal y*

- Criminología, UNED, 3ª época, N° 1, 2009, en <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30340>.
- Roxin, Claus, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 15-01, 2013, p. 01:5, trad., al español de Manuel Cancio Meliá, en <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>.
- Olsen, Frances, “El mito de la intervención del Estado en la familia”, en Alda Facio y Lorena Frías, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1ª ed., 1999.
- Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Guatemala, Datascam, s.f., 1ª ed. electrónica, en https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf.
- Panizo Galence, Victoriano, *El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*, Qc, s.f., en <file:///C:/Users/altekpc/Downloads/Dialnet-ElCiberacosoConIntencionSexualYElChildgrooming-3795512.pdf>.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial TECNOS, 6ª ed., 1999.
- Pérez Triviño, José Luis, “Derechos Humanos, Relativismo y Protección Jurídica de la Moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en ed. digital a partir de DOXA: Cuadernos de Filosofía de Derecho, N° 17-18 (1995), Alicante, 2005, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-humanos-relativismo-y-proteccion-juridica-de-la-moral-en-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-0/>.
- Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, pp. 163-171, 1997.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, *Teoría General del Derecho Procesal*, editorial Temis, Bogotá, 2008.

- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., 2014, en <http://dle.rae.es/>.
- Ribó Durán, Luis, *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch S.A., 4ª ed. revisada, 2012.
- Rico, Nieves, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, Serie Mujer y Desarrollo 16, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Unidad Mujer y Desarrollo, Naciones Unidas, 1996.
- Ríos Martín, Julián C. y Olalde Altarejos, Alberto J. “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de Mediación*, Madrid, N° 8, 2º semestre 2011, pp. 10-19, en <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/10/Revista-Mediacion-8-01.pdf>.
- Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología Estudio de la Víctima*, México D.F., Porrúa, 2ª ed., 1998.
- Saavedra Rojas, Edgar, *Constitución, derechos humanos y proceso penal, Las normas rectoras del proceso penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, tomo I, 1995.
- Salgado, Judith, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos, vol. 30, pp. 137-155, 2009.
- Sanz Hermida, Ágata M.a, *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Iustel, Madrid, 1ª ed., 2009.
- Sampedro-Arrubla, Julio A. “La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal”, en *The International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, N° 17, julio-diciembre de 2010, pp. 87-124, en <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n17/n17a04.pdf>.
- Sistema Nacional de Protección Integral de Niñez y Adolescencia-Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, *Presentación Doctrina de Protección Integral*, Quito, 2009, en <http://es.scribd.com/doc/17176819/DOCTRINA-DE-PROTECCION-INTEGRAL>.

- Soledispa Toro, Azucena, *Se hace camino al andar... sistematización de las propuestas metodológicas desarrolladas por los servicios penales para la atención a víctimas de delitos sexuales en las ciudades de: Quito, Guayaquil, Cuenca, Esmeraldas y Portoviejo*, Quito, CEPAM, 1ª ed., 2007.
- Soledispa Toro, Azucena, *Ciencias Penales*, CODEU, Quito, 1ª ed., 2008.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951.
- Subijana Zunzunegui, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, Editorial Comares, 2006.
- Tapia Gómez, Ariel, *Crítica de la victimización la construcción social de las víctimas*, s.f., en <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/contenido-victimizacion.pdf>.
- Vaca Andrade, Ricardo, *Derecho procesal penal ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal*, Quito, Ediciones Legales, 1ª ed., tomo I, 2014.
- Varona Martínez, Gema, “Tutela judicial efectiva: derecho a un proceso con todas las garantías”, en José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri, dirs., *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Donostia-San Sebastián, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, en http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivckei_libro_online/es_libro/normativa.html.
- Velásquez Velásquez, Fernando, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Monografías Jurídicas No. 57, Bogotá, Temis, 1987.
- Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adiciones de Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 4ª ed., tomo II, 1999.
- Walsh, Catherine, “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena, aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Embajada Real de los Países Bajos/Abya-Yala, pp. 23-35, 2002.
- Waller, Irvin, *Derechos para las víctimas del delito. Equilibrar la justicia*, México, INACIPE, 1ª. ed., trad. de Dubravka Suznjevic, 2013.

Wolfers, Arnold, La “seguridad nacional” como símbolo ambiguo, en John Vásquez, comp., *Relaciones Internacionales: el pensamiento de los clásicos*, México D.F., Editorial LIMUSA, 1994.

Zavala Baquerizo, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, Guayaquil, EDINO, 2002.

Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, USA, Good Books/CEMTA, 2010, en <http://documents.mx/documents/howard-zher-el-pequeno-libro-de-la-justicia-restaurativa.html>.

NORMATIVA

Internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos, en http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/Convention_SPA.pdf.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/5.%20CONVENCION%20AMERICANA.pdf>.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/24.ESTATUTO%20COMISION.pdf>.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2011.pdf>.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/estatuto>.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, en <http://www.achpr.org/instruments/achpr/>.

Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Legal en África, en <http://www.achpr.org/instruments/fair-trial/>.

Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/>.

Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de África, en http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Statute%20ACJHR/ACJHR_Protocol.pdf.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, en <http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/40/34>.

Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, en http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/protecao_testemunha/guias-de-santiago.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Reglas sobre Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/S-iccrulesofprocedure.html>.

Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124.

Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas, en http://www.oj.gob.gt/cji-primerarondatalleres/index.php?option=com_rubberdoc&view=category&id=62&Itemid=146.

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:ES:PDF>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, El Derecho Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6), en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b), en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc.

Libro Verde La presunción de inocencia, 2006, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0174:FIN:ES:PDF>.

Libro Verde Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, 2003, en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type doc=COMfinal&an doc=2003&nu d.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 13, 1984, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, 2007, en [http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement).

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28, 2000, en [http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement).

Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia, en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.

Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19 sobre La violencia contra la Mujer, en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

Nacional

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449, de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial N° 180, suplemento, de 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial N° 544, de 9 de marzo de 2009.

Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial N° 737, de 3 de enero de 2003.

Código Penal de 1837, sancionado el 17 de abril de 1837, por el Presidente de la República Vicente Rocafuerte.

Código Penal de 1871, sancionado el 3 de noviembre de 1871, por el Presidente de la República Gabriel García Moreno.

Código Penal de 1889, sancionado el 4 de enero de 1889, por el Presidente de la República Antonio Flores Jijón.

Código Penal de 1906, sancionado el 18 de abril de 1906, por el encargado del mando supremo de la República Eloy Alfaro Delgado.

Código Penal de 1938, sancionado el 22 de marzo de 1938, por el Jefe Supremo de la República Gral. Alberto Enríquez Gallo.

Codificación del Código Penal, publicada en el Registro Oficial N° 352, de 29 de octubre de 1953.

Codificación del Código Penal, publicada en el Registro Oficial N° 1202, de 20 de agosto de 1960.

Codificación del Código Penal, publicada en el Registro Oficial N° 147, suplemento, de 22 de enero de 1971.

Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, publicada en el Registro Oficial N° 839, de 11 de diciembre de 1995.

Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial N° 52, segundo suplemento, de 22 de octubre de 2009.

Ley N° 105, publicada en el Registro Oficial N° 365, de 21 de julio de 1998.

Ley N° 2005-2, denominada Ley Reformatoria al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad, publicada en el Registro Oficial N° 45, de 23 de junio de 2005.

Ley interpretativa N° 2006-53, publicada en el Registro Oficial N° 350, suplemento, de 6 de septiembre de 2006.

Ley 2001-47, Reformatoria al Código Penal y al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, publicada en el Registro Oficial N° 422, de 28 de septiembre de 2001.

Reglamento para el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal, publicado en el Registro Oficial N° 219, segundo suplemento, de 04 de abril de 2014, puesto en circulación el 8 de abril de 2014.

Reglamento del Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, publicado en el Registro Oficial N° 225, suplemento, de 14 de abril de 2014.

Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigación de Medicina Legal y Ciencias Forenses, publicado en el Registro oficial N° 318, suplemento, de 25 de agosto de 2014.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Caso APBP vs. Francia, sentencia de 21 de marzo de 2002, demanda N° 38436/97, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"itemid\":\[\"001-64899\"\]}\]\".](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
- Caso Voisine vs. Francia, de 8 de febrero de 2000, demanda N° 27362/1995, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Voisine\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-62987\"\]}\]\".](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
- Caso Jasper vs. Reino Unido, de 16 de febrero de 2000, demanda N° 27052/1995, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Jasper\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58495\"\]}\]\".](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
- Caso Diennet vs. Francia, sentencia de 26 de septiembre de 1995, demanda N° 25/1994/472/553, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Diennet\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-62512\"\]}\]\".](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
- Caso Guisset vs. Francia, sentencia de 29 de septiembre de 2000, demanda N° 33933/1996, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Guisset\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-63376\"\]}\]\".](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
- Caso Riepan vs. Austria, sentencia de 14 de noviembre de 2000, demanda N° 35115/1997, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Riepan\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58978\"\]}\]\".](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
- Caso Soto Sánchez vs. España, sentencia de 25 de noviembre de 2003, demanda N° 66990/2001, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"itemid\":\[\"001-66024\"\]}\]\".](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)
- Caso Corigliano vs. Italia, sentencia de 10 de diciembre de 1982, demanda N° 8304/1978, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Corigliano\"\],\"d](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)

ocumentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-57463"]}.

Caso Erkner y Hofauer vs. Austria, sentencia de 23 de abril de 1987, causa N° 16/1986/114/162, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Erkner"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57482"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Bifulco vs. Italia, sentencia de 8 de febrero de 2005, demanda N° 60915/2000, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Bifulco"\],"display":2,"languageisocode":\["FRA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-68184"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Beller vs. Polonia, sentencia de 1 de febrero de 2005, demanda N° 51837/1999, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["51837/99"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-68110"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Kizilöz vs. Turquía, sentencia de 25 de septiembre de 2001, demanda N° 32962/1996, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Kizilöz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-59670"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Zimmermann y Steiner vs. Suiza, sentencia de 13 de julio de 1983, demanda N° 8737/1979, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Zimmermann"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Nunes Violante vs. Portugal, sentencia de 8 de junio de 1999, demanda N° 33953/1996, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"itemid":\["001-62859"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Pélassier y Sassi vs. Francia, sentencia de 25 de marzo de 1999, demanda N° 25444/1994, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

], "appno": ["25444/94"], "documentcollectionid2": ["GRANDCHAMBER"], "itemid": ["001-58226"]}].

Caso Reinhardt y Slimane-Kaïd vs. Francia, sentencia de 31 de marzo de 1998, causa N° 21/1997/805/1008 y 22/1997/806/10009, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Slimane-Kaïd"\], "documentcollectionid2": \["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid": \["001-58149"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Demicoli vs. Malta, sentencia de 27 de agosto de 1991, demanda N° 13057/1987, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Demicoli"\], "documentcollectionid2": \["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid": \["001-57682"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Thaler vs. Austria, sentencia de 3 de febrero de 2005, demanda N° 58141/2000, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Thaler"\], "documentcollectionid2": \["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid": \["001-68166"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Hortolomei vs. Austria, sentencia de 16 de abril de 1998, demanda N° 17291/1990, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["17291/90"\], "itemid": \["001-46101"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Campbell y Fell vs. Reino Unido, sentencia de 28 de junio de 1984, demandas nos. 7819/77; 7878/77, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\], "appno":\["7819/77", "7878/77"\], "documentcollectionid2": \["CHAMBER"\], "itemid": \["001-57456"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso Jasper vs. Reino Unido, sentencia de 16 de febrero de 2000, demanda N° 27052/1995, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Jasper"\], "documentcollectionid2": \["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid": \["001-58495"\]}\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

Caso McCann vs. Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995, demanda N° 18984/1991, en

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"McCann\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57943\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

Caso Handyside vs. Reino Unido, sentencia de 7 de diciembre de 1976, disponible en IIDH

http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_europeo/tedhhandyside.htm.

Caso Sutyagin vs. Rusia, sentencia de 3 de mayo de 2011, demanda N° 30024/2002, en

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"languageisocode\":\[\"ENG\"\],\"appno\":\[\"30024/02\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-104651\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

Caso McCann y otros vs. Reino Unido, sentencia de 27 de septiembre de 1995, demanda N° 18984/1991, en

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"McCann\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57943\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

Caso Chahal vs. Reino Unido, sentencia de 15 de noviembre de 1996, demanda N° 70/1995/576/662, en

[https://www.unodc.org/tldb/pdf/CASE_OF_CHAHAL v. THE UNITED KINGDOM-1.txt](https://www.unodc.org/tldb/pdf/CASE_OF_CHAHAL_v._THE_UNITED_KINGDOM-1.txt).

Caso T vs. Reino Unido, sentencia de 16 de diciembre de 1999, demanda N° 24724/1994, en

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"T\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58593\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

Caso Goddi vs. Italia, sentencia de 9 de abril de 1984, demanda N° 8966/1980, en

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Goddi\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57495\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

- Caso Artico vs. Italia, de 13 de mayo de 1980, demanda N° 6694/1974, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Artico\"\],\"itemid\":\[\"001-57424\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\).
- Caso Daud vs. Portugal, sentencia de 21 de abril de 1998, demanda N° 11/1997/795/997, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"DAUD\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58154\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).
- Caso Pakelli vs. Alemania, sentencia de 25 de abril de 1983, demanda N° 8398/1978, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Pakelli\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57554\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).
- Caso Quaranta vs. Suiza, sentencia de 24 de mayo de 1991, demanda N° 12744/1987, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Quaranta\"\],\"itemid\":\[\"001-57677\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\).
- Caso Beet y otros vs. Reino Unido, sentencia de 1 de marzo de 2005, demandas nos. 47676/99, 58923/00, 58927/00, 61373/00 y 61377/00, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"BEET\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-68421\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).
- Caso Doorson vs. Países Bajos, sentencia de 26 de marzo de 1996, demanda N° 20524/1992, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"fulltext\":\[\"Doorson\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57972\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).
- Caso Luedicke, Belkacem y Koç vs. Alemania, sentencia de 28 de noviembre de 1978, demandas nos. 6210/73, 6877/75 y 7132/75, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{ \"display\":\[\"0\"\],\"languageisocode\":\[\"ENG\"\],\"appno\":\[\"6210/73\",\"6877/75\",\"7132/75\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57530\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\).

Caso Kamasinski vs. Austria, sentencia de 19 de diciembre de 1989, demanda N° 9783/1982, en [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"KAMASINSKI\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57614\"\]}.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\)

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo).

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo).

Caso Molina Theissen vs. Guatemala, sentencia de 4 de mayo de 2004 (Fondo).

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo).

Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas).

Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, sentencia de 13 de octubre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).

Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo).

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas).

Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Baldeón García vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009.

Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, sentencia de 3 de septiembre de 2012 (Fondo y Reparaciones).

Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001.

Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo).

Caso Narciso Palacios vs. Argentina, Caso N° 10.194, Informe N° 105/99 de 29 de septiembre de 1999.

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo Reparaciones y Costas).

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Espinoza González vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Comité de Derechos Humanos

Caso L.N.P. vs. Argentina, dictamen de 18 de julio de 2011, comunicación N° 1610/2007, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/449/77/PDF/G1144977.pdf?OpenElement>.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, dictamen de 16 de julio de 2010, comunicación N° 18/2008, en <http://www.mpd.gov.ar/pdf/CEDAW%20Vertido%20contra%20Filipinas.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe de Fondo N° 54/01, caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandez vs. Brasil, 16 de abril de 2001, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Brasil12.051a.htm>.

Informe de Fondo, N° 53/01, caso Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez vs. México, 4 de abril de 2001, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565a.htm>.

Informe N° 36/00, caso 11.10, “Masacre de Caloto” vs. Colombia, 13 de abril de 2000.

Informe de Fondo N° 80/11, caso 12.626, Jessica Lenahan (González) y otros vs. Estados Unidos, 21 de julio de 2011, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/USPV12626.Es.doc>.

Corte Constitucional del Ecuador

Sentencia N° 028-09-SEP-CC, de 08 de octubre de 2009, caso N° 0041-08-EP, publicada en el Registro Oficial N° 054, suplemento, de 26 de octubre de 2009.

Sentencia N° 004-10-SEP-CC, de 24 de febrero de 2010, caso N° 0388-09-EP, publicada en el Registro Oficial N° 159, suplemento, de 26 de marzo de 2010.

Sentencia N° 009-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009, caso N° 0077-09-EP, publicada en el Registro Oficial N° 602, suplemento, de 01 de junio de 2009.

Sentencia N° 005-11-SCN-CC, de 3 de marzo de 2011.

Sentencia N° 042-12-SEP-CC, caso N° 0085-09-EP.

Sentencia N° 030-10- SCN-CC, caso N° 0056-10-CN, publicada en el Registro Oficial N° 359, suplemento, de 10 de enero de 2011.

Sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP (caso La Cocha), 30 de julio de 2014.

Sentencia N° 117-14-SEP-CC de 06 de agosto de 2014, emitida en el caso N° 1010-11-EP, publicada en el Registro Oficial N° 340, Segundo suplemento, de 24 de septiembre de 2014.

Sentencia N° 024-10-SEP-CC, de 3 de junio de 2010, caso N° 0182-09.

Sentencia N° 121-14-SEP-CC, caso N° 0523-12-EP.

Sentencia N° 136-14-SEP-CC, de 17 de septiembre de 2014, caso N° 0148-11-EP.

Sentencia N° 038-15-SEP-CC, de 11 de febrero de 2015, caso N° 1962-13-EP.

Corte Nacional de Justicia

Sala de lo Contencioso Administrativo, resolución N° 0171-2010, emitida dentro del juicio N° 0064-2007.

Sala Especializada de lo Penal, sentencia de 10 de octubre de 2012, emitida dentro del juicio N° 84-2011-P-LBP.

Sala Temporal Especializada de lo Penal, sentencia de 18 de diciembre de 2012, emitida dentro del juicio N° 334-2011.

Sala de lo Penal, sentencia de 20 de junio de 2013, emitida dentro del juicio N° 1383-2012.

Sala de lo Penal, sentencia de 8 de agosto de 2013, emitida dentro del juicio N° 116-2012-WM

Sala de lo Penal, sentencia de 30 de enero de 2014, emitida dentro del juicio N° 848-2012-GTS.

Tribunales Penales

Tribunal Primero de Garantías Penales de El Oro, sentencia emitida dentro del juicio penal N° 07252-2014-0066.

INFORMES

CIDH, Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, 2007, en <http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>.

CIDH, Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011, en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINA.pdf>.

CIDH, Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud, 2011, en <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/VIOLENCIASEXUALEducycSalud.pdf>.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/050029d64a9be597802566b2004dc48d?Opendocument>.